

LOCACION DE SERVICIOS

ALBERTO G. SROGA
Profesor de Derecho Civil en la Universidad Nacional de La Plata

§ 1. CONCEPTO

a) DEFINICIÓN LEGAL: Su crítica.

1. No resulta hoy acertado el sistema del Código Civil cuando, para referirse al contrato de trabajo, recurre al vocablo *locación*. El derecho romano ha hecho su época. Allí era posible decir que tanto se arrendaba una cosa como el trabajo ajeno. Hoy es una injuria mencionar al trabajo humano como si se tratara de "una cosa".

El gran principio de las Constituciones modernas es sostener que "el trabajo no es una mercancía" y así como no se admite más la explotación del hombre por el hombre, tampoco se admite que la prestación humana de trabajo resulte ser objeto de inícuca explotación. Tan elevado es el moderno concepto del trabajo que bien se ha podido expresar en la Constitución italiana del año 1947: "Italia es una República democrática fundada sobre el trabajo". La fuerza de trabajo —material— mediante contraprestación numeraria que es el objeto de la llamada locación de servicios, nos pone frente a un contrato en el cual está siempre presente, y en primer término, el hombre, o sea la condición humana.

Repetimos que es peyorativo hablar de "locación de servicios". Esta terminología sólo debe recordarse en el derecho civil argentino del futuro, como un superado antecedente histórico. Los códigos modernos no hablan más de locación de servicios: ellos dicen "prestación de servicios", "*contrat du travail*", "*contratto di lavoro*", como, respectivamente lo expresan el Código Civil alemán, el Código de las Obligaciones suizo y el Código Civil italiano de 1942. El Código Civil español habla de "arrendamiento de servicios" y nosotros decimos, según nuestro Código Civil, "locación de servicios", pero en el moderno derecho de servicios, no se persiste, por lo general, en hablar de locación de servicios, sino que se expresa: "contrato de trabajo".

Mientras no se reforme el Código Civil debemos seguir empleando las expresiones "locación de servicios", sin perjuicio de

que en la legislación laboral se utilicen los indicados términos de contrato de trabajo y, aun, de contrato de empleo.

La reforma, introducida al C.C. por la ley 17.711 es, en cierto sentido, una reforma máxima ya que cambió la filosofía del Código: pero, en otro sentido resulta ser una mínima reforma, por cuanto sólo comprende 188 artículos de los 4061 que contiene el Código. La reforma minuciosa que abarcará el cambio de la terminología, debe ser motivo de una segunda etapa, ya que lo hecho en 1968 fue un "aggiornamento", o sea, "una puesta al día" del Código Civil de Vélez. Cuando llegue la reforma total habrá que eliminar la designación inadecuada de una convención que constituye el verdadero motor de la economía de un país.

El contrato que estudiamos está previsto en el Código Civil desde los artículos 1623 al 1628. A un contrato que es fundamental en la economía humana, ya que se trata del trabajo y éste es la base de la economía de un país, puesto que en definitiva la moneda vale por lo que significa el trabajo del hombre, el Código Civil le dedica seis artículos, algunos de los cuales, como los arts. 1624 a 1625 carecen hoy de mayor significación normativa.

Nuestro Código Civil apartee, pues, obsoleto en esta materia. Los únicos preceptos que conservan actualidad son los arts. 1626 a 1628, y esto porque la jurisprudencia deformante ha sabido dar cuenta de ellos como ocurre con el art. 1627 (fijación judicial del precio de los servicios con prescindencia del juicio arbitral mentado en tal norma).

He aquí la definición legal que en el art. 1623 se brinda de este contrato: *La locación de servicios es un contrato consensual, aunque el servicio hubiere de ser hecho en cosa que una de las partes debe entregar. Tiene lugar cuando una de las partes se obliga a prestar un servicio y la otra a pagarle por ese servicio un precio en dinero. Los efectos de este contrato serán juzgados por las disposiciones de este Código sobre las obligaciones de hacer.*

Hay que apuntar el primer error en el párrafo inicial, cuando se nos dice: "aunque el servicio fuese hecho en cosa que una de las partes debe entregar". En verdad, si la materia principal la suministra el "locador", entonces ya no se trata de locación de servicios sino de locación de obra (contrato, éste, reglado en los arts. 1629 a 1647 bis).

Lo que ha querido significar el art. 1623, 1ª parte, es que, aun tratándose de la locación de obra, se está frente a un contrato consensual; o sea, que de ningún modo se perfecciona "re", es decir, con la tradición de la obra, sino que basta el consentimiento. Las locaciones de obra y de servicios son contratos consensuales y no reales (adde: infra, núm. 14).

La definición es, además, tautológica ya que se incurre en el pecado de lógica de incluir en la definición el elemento a definir. Así se nos dice que la "locación de servicios tiene lugar cuando una de las partes se obligare a prestar un servicio". Pero el problema reside en saber qué es "un servicio".

El último párrafo del art. 1623, al advertir que se aplican las disposiciones sobre las obligaciones de hacer de ningún modo era necesario, ya que el Código Civil no es un libro de enseñanzas y resulta evidente que lo que se promete por el locador de servicios es una obligación de hacer, regida por los arts. 625 a 631.

Una definición que consideramos procedente es ésta: Contrato de locación de servicios es una consensación por la cual una de las partes llamada el locador de los servicios, se compromete a prestar su fuerza —intelectual o material— de trabajo, o sea, a cumplir una obligación de medios, con subordinación jurídica, tendiente a alcanzar un resultado, pero no el resultado mismo y, la otra parte, el locatario de los servicios, se obliga a pagar un precio determinado o determinable en dinero (pesos moneda nacional). Ese precio puede consistir en una cantidad determinada o en una cantidad proporcional al tiempo de ejecución de la obligación del locador de servicios (por hora, por día, por mes, etc.), o bien por unidad de medida o pieza hecha (labor a destajo).

De esa definición surge que: el locador se obliga a una prestación de medios; no promete un resultado aun cuando esa actividad la desenvuelva en dirección a un resultado.

El elemento característico de este contrato lo constituye la subordinación jurídica en que se halla el locador de servicios frente al locatario de los servicios.

La fuerza de trabajo puede ser material o intelectual, este elemento (el "Arbeitskraft" de la doctrina alemana) hay que incluirlo en la definición.

En el supuesto de que alguien contratara con otro para que éste le realice un servicio y, a cambio de él, le pagará en moneda extranjera, no estaríamos frente a una locación de servicios sino frente a un contrato atípico, ya que no se trata de una suerte de cambio de servicio por dinero sino de servicio por cantidades de cosas (dado que la obligación de entregar moneda extranjera, es una obligación de dar cantidades de cosas, conforme lo establece el art. 617) (adde: ídem, núm. 15).

Cada vez que el Código se refiere al "precio en dinero" o al "precio", está mentado el dinero que tiene curso legal entre nosotros, o sea, el papel moneda argentino. En materia de locación de servicios, se debe tener presente que los salarios y sueldos deben pagarse en moneda nacional, aun cuando, excediendo de trescientos pesos moneda nacional se pueden pagar esos emolumentos con cheque (leyes 11.278 y 11.337).

Esa suma de trescientos pesos como retribución mensual carece de la significación económica que tenía a la fecha de la sanción de tales leyes, las cuales, además, prohibieron abonar los salarios o sueldos con "vales" canjeables en los fondos de comercio del patrono u otros negocios vinculados al mismo; se fustiga, así, una viciosa práctica, fraudatoria del salario del obrero. Pero sobre esto volveremos a ocuparnos al tratar de las obligaciones del locatario de los servicios (v. *infra*, núm. 38).

b) TERMINOLOGÍA

2. *Contrato de trabajo: la locación de servicios material y la locación de servicios inmaterial.*

En esta materia la terminología legal deja de ser aceptable. Tiene el antecedente histórico propio del derecho romano. Allí se distinguía entre locación de servicios (*locatio conductio operum*) y la locación de obra (*locatio conductio operis*). Pero la expresión "locación", si tenía razón histórica ("uso" de la fuerza de "trabajo" o concreción de ese uso en una "obra", como también uso y goce de la cosa ajena tal como ocurre en la locación de cosa o arrendamiento), hoy en cambio ya no se concibe. Perdura en derecho francés (*louage d'ouvrage*) y español (arrendamiento de servicios o de obra), así como en nuestro vigente derecho. Repetimos que en la reforma del futuro habrá que abandonar el término "locación", se trate de servicios o de obra. Corresponde recurrir a las expresiones "contrato de trabajo", se trate de la labor material o del trabajo intelectual.

Sólo nos cabe señalar que, empleando la terminología aún vigente procede distinguir la locación de servicios en locación de servicios materiales y en locación de servicios intelectuales, según que lo preponderante sea la fuerza de trabajo material o la fuerza de trabajo inmaterial o intelectual como objeto — en uno u otro supuesto — de la obligación de medios que, con subordinación jurídica, asume el locador de esos servicios.

En el Proyecto de reformas de 1936, siguiendo al Anteproyecto de BIANCHI, se nos habla de "contrato de trabajo". Estas expresiones deben aplicarse aun al supuesto de la labor intelectual y resultan preferibles a los términos "contrato de empleo" o "contrato de prestación de servicios".

c) CRÍTICA DE LA METODOLOGÍA LEGAL

3.1. *Consideración de las tres especies de locación.*

El art. 1493, al definir conjuntamente las tres especies de locación —locación de cosas, de obra y de servicios— incurre en un error metodológico que se acentúa al reglar, en el mismo título de la locación esos tres contratos, disímiles entre sí.

4. II. La relación cooperatista.

Sólo los antecedentes que ofrecían los Códigos de su época, en particular el C. C. francés (arts. 1708 y ss.) explican esa metodología, que hoy no se justifica.

Los Códigos modernos, como el alemán, el suizo y el italiano, separan cuidadosamente esos contratos. No obstante un código también moderno como el C. C. brasileño (arts. 1188 y ss.) perdura en calificar de "locación" al contrato de trabajo (*locação de serviços*), y de empresa (*dá empreitada*) al contrato de obra o de empresa y ambos como "secciones" de la "locación", siendo la locación de cosas (*locação de coisas*) la sección 1ª del capítulo que engloba a esas tres "locaciones". Ello ya no ocurre con el C. C. portugués de 1966 donde se distingue cuidadosamente la locación (art. 1022 a 1120) y la aparcería pecuaria (art. 1121 a 1128) del contrato de trabajo (*contrato de trabalho*) y de la prestación de servicios (*prestação de serviços*).

El contrato de trabajo implica la obligación de prestar, mediante retribución de una actividad intelectual o manual a otra persona "bajo la autoridad y dirección de ésta" (art. 1152). El contrato de prestación de servicios hace surgir, según el art. 1154 de ese C. C. portugués, la obligación de proporcionar "cierto resultado de su trabajo intelectual o manual, como sin retribución" y se declara que son modalidades de este contrato de prestación de servicios el mandato, el depósito y el contrato de obra (*empreitada*), entendiéndose por este último la convención por la cual el empresario se obliga a "realizar cierta obra mediante un precio" (art. 1207). He ahí un Código que sabe distinguir esas figuras jurídicas, pero que no ha sabido reglar el contrato de obra intelectual. En el C. C. alemán (art. 611) se usa la expresión contrato de prestación de servicios ("*Dienstvertrag*") y en la legislación especial suele recurrirse a la denominación de contrato de trabajo (*Arbeitsvertrag*).

La prestación de servicios significa para una parte de la doctrina alemana algo distinto al contrato de trabajo. Se usa la denominación de contrato de trabajo, no sólo para apuntar a lo material, sino también cuando esa tarea significa un medio de vida: vale decir cuando el dependiente debe recurrir a esa labor como hecho necesario para vivir él y su familia (subordinación económica). En los otros supuestos habría prestación de servicios. Así el profesional liberal, el preceptor, el empleado de alta categoría (art. 622, B. G. B.) presta "servicios", en tanto el albañil "trabajo". Todo ello tiene un poco de sabor a antiguo. Por otra parte, el art. 617, B.G.B., habla de "relación de servicios", tratándose del que presta su actividad de trabajo en la "comunidad doméstica", o sea, viviendo en la casa de la persona en la cual los servicios se prestan: es decir, que el contrato de prestación de servicios abarca el servicio aun doméstico.

El C. C. italiano denomina todo un libro —el libro V— con la expresión "Del trabajo" (Del lavoro) y su art. 2080 establece que "el trabajo es tutelado en todas sus formas organizativas y ejecutivas, intelectuales, técnicas y manuales". Esto nos indica que, con buen criterio, el legislador italiano subsumió en la expresión trabajo tanto lo manual como lo intelectual. De ahí que entre los "colaboradores del empresario", o sea, del "jefe de la empresa del cual dependen jerárquicamente esos colaboradores", se menciona a los que, mediante retribución y con el carácter subordinado, prestan su propio "trabajo intelectual" o su "trabajo manual" quedando sometidos a la dependencia y dirección del empresario (arts. 2086 y 2094 C. C. italiano). Ese derecho italiano, en cuanto a la terminología, adopta una solución aceptable entre nosotros: cabe hablar del "trabajo" intelectual y del "trabajo" manual o material.

También conviene advertir que el legislador italiano, con la denominación de "trabajo autónomo" (Del lavoro autonomo) se refiere al contrato de obra, pero con trabajo prevalementemente propio (art. 2222, C. C. Ital. 1942), así como a la labor del profesional intelectual (art. 2229, C. cit.).

El contrato de obra, implica prometer un resultado (opera) a un servicio (servizio) pero sin subordinación: se distingue del contrato de empresa (appalto) en la circunstancia de que el empresario alcanza ese resultado o presta ese servicio pero mediante su empresa u organización y no con prevalemente trabajo propio. En nuestro derecho, la locación de obra comprende uno y otro supuesto, sea la pequeña empresa o labor del artesano, sea la empresa (mediaca o grande) sin labor propia del empresario.

5. III. El derecho laboral y el derecho de las profesiones liberales: reenvío.

En lo que sigue al tratar de los antecedentes históricos, comprenderemos que el objeto de la locación de servicios tanto puede comprender el trabajo material como el intelectual de las profesiones liberales. Corresponde, pues, tener en cuenta este reenvío.

d) ANTECEDENTES HISTÓRICOS

6.1. Derecho romano.

Entre los romanos no se podía hablar de contrato de trabajo al referirse a los médicos, agrimensores, gramáticos, quienes prestaban servicios imposibles de ser mensurados, por ser tan elevados. Entonces, no se les pagaba pero se podía efectuar un acto de reconocimiento o agradecimiento por sus altos y elevados servicios. De allí viene la palabra "honorarios" (honorarium), o

ses especie de "reconocimiento" y de honor, y no pago (*merces*), ya que dichos servicios intelectuales (*studium*) por oposición a la labor manual (*labor*) eran inconmensurables. Lo cierto es, también, que quien pagaba no tenía derecho a repetir, vale decir que era un pago con causa (nosotros diríamos una obligación natural o cumplimiento de un deber de conciencia).

La ley Cincia (año 560 de Roma) prohibió la percepción de honorarios al abogado pero no fue aplicada. Hasta un cierto monto de sextercios (10.000) se podía pactar el contrato de prestación de servicios intelectuales, se trata de lo que dispuso el emperador Claudio: desconocer ese límite importaba incurrir en concusión (JEAN SAVATIER, *La profesión liberal*, París, 1947, p. 27).

Empieza entonces a deformarse —diría con exageración IANINGO— el alto sentido de la abogacía (*Espíritu del derecho romano en sus diversos fases de su desarrollo*, trad. de E. Príncipe, Madrid, s. 1., t. 3, ps. 121 y ss.). Para ese notable espíritu de jurista, la edad de oro de la abogacía fue Roma, donde el abogado no se la ejercía como un medio de vida. En cambio, la edad de hierro es la contemporánea, en la cual el abogado ejerce la abogacía como medio de vida. Ha dicho IANINGO: "Los honorarios son el manantial de procesos frívolos e interminables; crean juristas insípidos y sin amor por el arte, sin talento y sin inteligencia por sus estudios; justifican la desconfianza con que el pueblo, unas veces equivocadamente y otras con razón, los mira."

7. II. La doctrina clásica a partir de la codificación francesa.

La doctrina clásica francesa se orientaba, en cierto sentido, como entre los romanos.

Así vemos como autores de mentalidad tan sólida como AUBRY y RAU, hablaban todavía de la prestación de los servicios del abogado, del médico, como de un mandato (en vez de un contrato de trabajo).

Pero en nuestra doctrina hablar de mandato en tal sentido es inconcebible. El art. 1869, cuando define el mandato, lo típica expresando que el mandatario se obliga a ejecutar un "acto jurídico" o una serie de actos de esta especie. En cambio el locador de servicios se obliga a prestar "su fuerza de trabajo". El mandatario celebra actos jurídicos (comprar, vender, pagar) que se imputan al mandante, vale decir, por cuenta y orden del mandante.

El locador de servicios —repetimos— se compromete a prestar su fuerza de trabajo y no a celebrar actos jurídicos.

Si bien el factor de comercio celebra ventas, no obstante ello, es un locador de servicios, un empleado. Existe un contrato de trabajo y un acto de apoderamiento expreso o tácito. Ese contrato

de trabajo es el contrato-base; pero, como apoderado ese factor vende en nombre y por cuenta del dueño del comercio.

El factor es, entonces, un apoderado; pero el poder es el instrumento jurídico que él tiene para poder prestar los servicios, es decir, para cumplir con la obligación de medios que asumió en el contrato de trabajo. Hay un contrato de trabajo sobre el cual descansa el poder.

Corresponde, pues, distinguir la locación de servicios del mandato, y tal distinción la formulamos así: el mandato se otorga, en nuestro derecho, para celebrar negocios jurídicos; por el contrario, el locador de servicios se obliga a prestar su fuerza de trabajo intelectual o material, que se traducirá en hechos jurídicos.

8.III. De nuevo sobre la terminología y método legal.

Consideremos, otra vez, la terminología: ¿es correcto hablar de locación de servicios o éstas son expresiones inadecuadas? Se debe prescindir de la palabra "locación". Babiloni señala que la locación de cosas y la locación de servicios, sólo tienen en común lo atinente a la retribución (n. arts. 1635 y 1636, Apr.).

Pero, en lo demás, nada tienen en común el arrendamiento de una trilladora, o de un campo, o el alquiler de un departamento, con la prestación de la fuerza de trabajo de un operario, o con la ejecución de una obra escultural por un artista.

Cabe explicarse la vinculación histórica de estas tres figuras, cuando se habla en derecho romano, de *locatio conductio rei* para el arrendamiento de cosas, de *locatio conductio operis* para el contrato de obra, y de *locatio conductio operarum* para el contrato de trabajo. Allí se recurría al vocablo "locación" porque se trataba del uso, sea de una cosa, sea del trabajo sobre la materia que otro suministraba para alcanzar un resultado, sea de la colocación de una persona en casa o lugar de otro para prestar servicios (*operare*).

La definición que del contrato de locación nos brinda el art. 1493 reconoce como antecedente el art. 1915, C.C. chileno, según el cual "el arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa o a ejecutar una obra, o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado". Pero tal definición tampoco es muy disímil de la que correspondía al derecho romano si hemos de estar a lo que nos ofrece un autor: "el contrato consensual de locación es el contrato por el cual una persona promete a otra proveerle el goce de una cosa o sus servicios, o bien ejecutar una obra determinada sobre una cosa que se le ha entregado, mediante un precio fijado, en principio, en dinero, que se obliga a pagar la otra parte" (RAYMOND MONTA,

Manuel Alvimontaire de droit romain, Paris, 1948, 4ª ed., t. II, p. 168, núm. 127).

Dicho autor también nos explica cómo la expresión *locatio*, así como el término *conductio* desempeñaban una aparente función concordante en cada uno de los tres tipos de locación. La palabra *locatio* deriva de *locare*, es decir, "colocar, en la casa de uno o en cierto lugar"; la palabra *conductio* deriva de *conducere*, es decir, llevar consigo. Luego nos añade Mousas: "El *locator* es por lo tanto aquel que coloca alguna cosa en alguna parte; en la *locatio rei*, es el arrendador que pone su cosa a disposición del locatario para servirse o gozarla; en la *locatio operarum*, es el obrero que coloca sus servicios en la casa de su patrono; en la *locatio operis faciendi*, es el propietario de la materia que la confía al empresario, con el propósito de ejecutar sobre ella un trabajo determinado".

Luego se refiere a la terminología usada en el derecho romano: "el *conductor* es, en la *locatio rei*, aquel que toma posesión de la cosa; en la *locatio operarum*, el patrono que coloca al obrero en el obrador donde debe trabajar; en la *locatio operis faciendi*, el artesano a quien se le hace entrega de la materia prima que debe trabajar". Pero esta terminología originaba una consecuencia no muy inequívoca para designar a las partes de cada uno de los tres tipos de locación: mientras en la locación de servicios y en la locación de cosas, a quien recibía la retribución se lo denominaba *locator* (*locator*), en cambio, en el contrato de obra es el que la paga quien recibe esa denominación. A esa terminología —por la cual "las leyes romanas confunden muchas veces el arrendador y el arrendatario"— se hace mención en la nota de Vélez al art. 1623.

Con excepción de haber precisado nuestra ley la terminología —como también se desprende de la segunda parte del art. 1493—, lo cierto es que ni esa terminología resulta hoy adecuada, ni el método legal brilla por su acierto. Por lo demás, esa terminología y esa metodología son tan defectuosas, que en el capítulo final del título dedicado a la locación (cap. VIII, arts. 1623 a 1647 bis), con la denominación común de "locación de servicios" se trata, tanto de tal locación de servicios como de la locación de obra; de aquella en los arts. 1623 a 1628; de ésta, en los arts. 1629 a 1647 bis. Los términos "locación de obras" son mentados sólo en la nota al art. 1623 (y ello, todavía, a raíz de un error, ya que quiso expresarse, como lo advierte Sacco, t. I, p. 443, n., "locación de cosas").

Se trata, en buena medida, del método seguido por Fazzari. El jurista brasileño separó la locación (arts. 2282 y ss., del *Esboço*), es decir, el arrendamiento de cosas, de lo que denominó "locación de servicios" (arts. 2682 y ss.). Con respecto al contrato de locación de servicios, determinó que toda clase de ser-

vicios —no tratándose de los servicios imposibles, ilícitos o inmorales— pueden ser objeto del mismo, se trate de servicio "material o inmaterial, mecánico o liberal" (art. 2898, Pr. cit.). Regla los "servicios materiales" (criados de servir, obreros, empresarios de obras, empresarios de obra constructores, agentes porteadores, editores) y los "servicios inmateriales" (aprehendidos como en el supuesto de los obreros o de los empresarios según se pagare por tiempo de trabajo o en consideración a la obra a hacer; arts. 2827 y 2828, Pr. cit.).

Hay, pues, una confusión de conceptos, un conglomerado de locación de servicios y de locación de obra, que se reglamentan bajo una denominación común, locación de servicios, lo cual es criticable como metodología legal.

9. IV. De nuevo sobre los orientaciones que ofrece el derecho comparado.

¿Cuál es la orientación del derecho comparado? El Código Civil alemán separa netamente el contrato de prestación de servicios (arts. 611 y ss.) del contrato de arrendamiento, sea el contrato de arrendamiento de uso (*Miethe*), sea el de arrendamiento de uso y disfrute (*Pacht*). Se llama contrato de arrendamiento de uso aquél en el cual el arrendatario goza de la cosa, habitando en ella o destinándola a otros usos; en cambio en el arrendamiento con disfrute el arrendatario también obtiene los frutos como ocurre con las fincas rústicas mentadas en los arts. 562 y ss., BGB.

También, en el Código Civil italiano el arrendamiento o locación (*locazione*) se lo distingue en urbano (locación urbana) y en locación de cosa productiva mueble o inmueble (*affitto*) (arts. 1579 a 1677, C. C. it.); pero ese contrato se lo separa de la mediería (*mezzadria*) y de la aparcería (*colonia parziaria*) aparte de la aparcería pecuaria (*società*) arts. 2155 a 2187, C. cit.).

Hemos señalado que dicho Código Civil italiano denomina todo un libro, el libro V, con la designación "Del trabajo" (*Del lavoro*). Nuevamente recordamos que el art. 2060 nos dice que el trabajo es amparado en todas sus formas organizativas y ejecutivas, intelectuales, técnicas y manuales. En ese libro se nos habla del trabajo de empresa, y del trabajo bajo relación de dependencia, así como del trabajo autónomo, comprendiendo las profesiones liberales y la labor del artesano (arts. 2222 a 2228, C. cit.).

El mismo contrato de mediería y aparcería se lo reglamenta en el libro "Del trabajo". En cambio, el contrato de obra (*appalto*) se lo regula fuera de ese libro, conjuntamente con los demás contratos como el de arrendamiento o locación (arts. 1655 a 1677, C. cit.). Deberíamos seguir, en alguna medida, esta metodología

en una futura reforma: por un lado, el contrato de arrendamiento, o sea, el contrato de locación de cosas, con sus dos especies fundamentales, es decir, la locación urbana y la locación rural y, dentro de ésta (locación rural), separar netamente aquella en la cual no participa el locador en la empresa agropecuaria del arrendatario y aquella otra en la que participa (aparceería y mediería). Después de haberse reglamentado la locación de cosas, entonces habrá que reglar el contrato de trabajo y luego el contrato de obra para seguir con la sociedad, con el mandato, con la gestión de negocios, con el depósito y demás contratos donde priva la actividad humana.

Todo esto si no se quiere, mejor, separar los contratos en los cuales prevalece el trabajo o la empresa de aquellos en los cuales otros son los fines económicos-sociales a alcanzar.

10.V. El derecho laboral y el derecho de las profesiones liberales.

En esta materia conviene considerar el llamado servicio material y el denominado servicio intelectual: o si se quiere, referirse al derecho laboral y al derecho de las profesiones liberales. Una parte de la doctrina alemana entiende que todo contrato de trabajo es un contrato de prestación de servicios, en el sentido del C. C. alemán, pero que no todo contrato de prestación de servicios es un contrato de trabajo en el sentido del Derecho del trabajo. Este último rige —se sostiene— a la relación de servicios que implica una "actividad de dependencia", ya que se estaría ante una "relación de trabajo"; en cambio el C. C. alemán registra la "actividad autónoma", pero sin consideración al resultado, sino sólo en consideración al trabajo como prestación (Kant, *Lehrbuch, Derecho de obligaciones*, trad. de J. Santos Briz, 1938, t. II, pá. 280 y 281).

Se nos quiere decir, con ello, que en el contrato de trabajo hay subordinación, y que, en cambio, en el de prestación de servicios, que no sería contrato de trabajo hay autonomía del que presta servicios.

Lo que se debe aseverar —entendamos por nuestra parte— es que todo servicio lícito, no reñido con la moral y posible, puede ser objeto del contrato que consideramos.

Todas las actividades desempeñadas en una relación de dependencia o subordinación, implican, en el principal, una suerte de señoría de esa relación de dependencia. No cabe negar, sin embargo, que debe formularse un distinguo entre el locador de servicios que, aparte de su subordinación jurídica, se halla sometido a una subordinación económica, y aquel locador de servicios en el cual el estipendio (sueldo, honorario, retribución) no es el medio de vida del mismo, ni el sustento del núcleo familiar que integra ese locador de servicios.

La relación laboral cuando existe subordinación económica, ha recibido los efectos de una profunda transformación de esa disciplina jurídica que conocemos con el nombre de "derecho del trabajo", "legislación del trabajo". La idea individualista de los C. C. del siglo pasado o de comienzos del presente siglo, no es de nuestra época, tratándose del contrato de trabajo. La denominada convención colectiva del trabajo nos enfrenta ante un derecho de "grupos" sociales-económicos: la relación contractual se establece a través de las convenciones (leyes en sentido material) entre la asociación patronal y la asociación obrera o sindicato respectivo. El ordenamiento jurídico que ignore todo ello es inactual. El C. C. no debe reglar el contrato del trabajo sino establecer los grandes principios que no ignoren la profunda transformación económica-social del derecho laboral. Ni el trabajo humano es "mercancía", ni cabe admitir el contrato leñivo en un ámbito en el cual de por medio se halla el ser humano, con sus necesidades vitales y las de su núcleo familiar. El carácter imperativo de las normas del derecho laboral, aun cuando no implica colocar a éste en el ámbito del derecho público, pone de relieve esa "impronta" de un nuevo derecho que clama por un nuevo espíritu. Todo lo cual no armoniza con una estrecha e individualista concepción del contrato individual de trabajo, se trate del trabajo material o del trabajo intelectual (Comp.: J. W. HINEMANN, *Derecho de obligaciones*, p. 379 y ss.).

Podría afirmarse que la relación de dependencia en el ámbito industrial o en el doméstico implica una acentuada subordinación del que presta los servicios al "dueño de los servicios", es decir, la "dependencia" de uno hacia el otro. Pero de ello no procede extraer la conclusión de que también existe contrato de prestación de servicios cuando media "actividad autónoma" (v.: LARSEN, *Der. de oblig.*, t. II, p. 280). La autonomía no concuerda con la relación de dependencia inherente a toda prestación de servicios. De ahí que tal doctrina al hablar de "contrato de trabajo" en el supuesto de subordinación —lo que es acertado— y al hablar de "contrato de servicios" cuando se está ante una "actividad autónoma" corre el riesgo de incurrir en imprecisión terminológica. Por lo demás, el distingo entre trabajo por cuenta propia y trabajo por cuenta ajena es, en todo esto, poco satisfactorio: se confunde el contrato de trabajo genuino (locación de servicios) con el contrato de obra (locación de obra).

Bien está que el derecho laboral aprehenda la dependencia en su sentido estricto (v.: HINEMANN, *Der. de oblig.*, t. III, p. 388). No obstante, de allí no debemos llegar a la conclusión de que también es contrato de servicios —aunque no contrato de trabajo— afirma la doctrina sustentada, entre otros, por LARSEN— aquel que implica actividad pero sin dependencia y, por ende, prometiéndose un resultado. Por ello HINEMANN (*op. cit.*, p. 398)

afirma que la más importante consecuencia de la diferencia entre servicio y obra consiste en que "en el contrato de servicio el obligado a ellos *cede su derecho de autodeterminación*". Es decir que a diferencia del contrato de obra, "no permanece siendo el dueño de la relación de trabajo, sino que queda subordinado al que contrata el servicio".

Formuladas esas salvedades, digamos que es el principal quien dispone de la actividad, o sea, que determina cómo deben ser empleados los servicios, aun cuando, tratándose de la profesión liberal, a dicho profesional le atañe una discrecionalidad técnica, en cuanto, en el ámbito de esa profesión, es él quien establecerá cuál es el modo de proceder y cómo va a proceder.

Pero, salvado ésto, en todo lo demás está sometido a la subordinación, a la dependencia de su principal.

En consecuencia, la relación laboral se puede ejercer en el campo de lo material como en el campo de lo intelectual: suficiente es que exista una relación de dependencia de aquella parte que se compromete a una obligación de medios y no a una obligación de resultado. Es decir, una obligación de general prudencia y diligencia; el obligado no promete un resultado a alcanzarse, sino que promete adoptar todas las diligencias que requiere el cumplimiento de su prestación de servicio.

El distingo entre profesión intelectual o actividad intelectual, por un lado, y actividad material, por otro, arranca del derecho romano: el servicio intelectual —ya se lo señaló— no podía ser objeto de un contrato. Las tareas materiales eran propias de una economía basada en la esclavitud. De ahí que no ha faltado la tesis que sostiene que no cabe hablar de locación de servicios en el derecho romano. La famosa *locatio conductio operarum* no existía —según esa tesis— y todo era materia del trabajo bajo esclavitud, que podía prometerse por el patrono en calidad de locador de obra. En cambio, tratándose del servicio intelectual, por ser inapreciable, por no ser measurable en dinero, no podía ser objeto de un contrato.

Esa doctrina que niega la existencia del contrato, que hace una neta separación entre el trabajo intelectual y el trabajo material, perdura a través del tiempo, llega a la misma doctrina clásica francesa, donde se nos afirma que los servicios intelectuales no pueden ser objeto de contrato, que la promesa de efectuar un servicio intelectual, la promesa de realizar una operación quirúrgica, la promesa de cargar con la defensa de un acusado no es posible de ser compulsivamente exigida ni apreciada el servicio en numerario. Pero, una vez prestado el servicio, se sostenía que existe causa para que se pague ese servicio.

Dicha doctrina tenía esto de contradictorio: por un lado, no existiría contrato, por el otro lado, se tenía derecho a exigir el precio del servicio que se había prestado. Esta idea, de que el

servicio intelectual no encaja en la locación de servicios también llegó a sostenerse entre nosotros en una decisión plenaria (Cám. Civ. Cap. año 1919, in re "Zurrota v. Poncet de Longeville", recop. en "J. A.", t. 5, p. 68, y "G. del P.", t. 24, p. 9) en la que se consideró el alcance de un precepto del Código Civil, el art. 1627, según el cual cuando no se fijó el precio de los servicios, se entiende tratándose de un servicio propio de la profesión del que los presta, que las partes se refirieron al precio de costumbre, a fijar por árbitros.

En ese fallo se estableció que el precio de los servicios de un médico, o sea, de un servicio intelectual, no era necesario que lo fijaran los árbitros, ya que resultaba suficiente que lo determinara el juez. En uno de los votos llegó a sostenerse, con evidente error, que ese art. 1627 se está refiriendo a servicios materiales y que no hay reglamentación sobre los servicios inmateriales: habría como un contrato inominado. No se niega que el servicio de un abogado, de un médico, de un ingeniero, puede ser objeto de un contrato; pero, según esa doctrina, allí habría un contrato que no debe calificarse de locación de servicios sino de contrato atípico, o sea, de contrato inominado y que, por ello, no se viole el art. 1627 al decidirse que es el juez quien debe fijar el monto de los honorarios, puesto que ese precepto se arguye se refiere a los servicios materiales de un operario, de un oficial mecánico, etc., pero no a los servicios de un ingeniero, de un médico, de un abogado.

La verdad es de que ese distingo entre trabajo material y trabajo inmaterial está superado; la jurisprudencia aplica el art. 1627 a cualquier tipo de trabajo en relación de subordinación, o sea, que fija el estipendio directamente el juez, sin recurrir a árbitros, cuando no hay precio establecido por las partes sea que se trate de un servicio material, sea de un servicio intelectual (véase *infra*, núm. 36).

No se niega que la legislación laboral tiende a distinguir netamente los servicios materiales de los intelectuales; pero, también es necesario hacer notar que cuando un abogado forma parte del personal técnico de una empresa, cuando eso sucede con un arquitecto o cuando un médico forma parte del personal de facultativos de una empresa sanatorial estos profesionales liberales están en el mismo nivel jurídico del empleado y gozan de los mismos beneficios de ellos en caso de ruptura injusta de la relación laboral.

La subordinación es jurídica: no es necesario que también sea económica: frecuentemente la subordinación jurídica va ligada a la subordinación económica, o sea, que el contrato de trabajo nos pone en su presencia de una situación de una persona que necesita del precio de ese trabajo para poder subsistir. La subsistencia de esa persona depende del precio del trabajo, del

salario. Pero, es posible, también concebir, un locador de servicios de alta potencia patrimonial y a pesar de ello hallarse jurídicamente subordinado al principal. Es el caso del abogado que tiene un buen patrimonio y a pesar de ello, se desempeña en jurisdicción de una empresa privada. No depende económicamente; es decir, no está en dependencia económica de su principal, pero sí se halla en dependencia jurídica, quedando sujeto a las órdenes, o bien, a disposición de su principal (véase: *infra*, núms. 21 y 24).

e) EL TRABAJO HUMANO: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y CONCEPTO ACTUAL

11.1. La socialización del derecho laboral.

El trabajo humano hasta el siglo pasado, en el cual se produce la gran industrialización, recibe un tratamiento muy distinto según los diversos "estadios" históricos. Larga fue la evolución a partir del esclavo, que legalmente no es persona, puesto que no tiene capacidad jurídica, es decir, carece de idoneidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, hasta la época en que el operario es aprehendido por la gran industrialización, que ocasiona su concentración en los centros de población. Con ello se produce un fenómeno sumamente trascendente en el aspecto sociológico y jurídico. Todo contrato de trabajo nos enfrenta ante la actividad humana. En este contrato está presente la personalidad humana. De ahí, entonces, que nunca podamos concebir al trabajo —toda insistencia es poca en esta materia— como una mercancía. El trabajo no puede estar crudamente sometido a la ley de la oferta y la demanda; no se puede sostener que, a mucha oferta de brazos, menor precio, aunque ese precio no satisfaga las necesidades vitales del hombre. Siempre, como lo dijera León XIII en la encíclica "Rerum Novarum", habrá necesidad de que el jefe de familia, tenga un justo salario o estipendio que le permita subsistir a él y a los miembros de su núcleo familiar. La ley de bronce nunca podrá regir en esto: el trabajo humano no es algo que se compra y se vende: es algo que significa que el hombre está detrás. Si de contrato de trabajo podemos hablar nunca podemos olvidar que en él aparece un elemento vital para la subsistencia del hombre, sobre todo —si como es lo común— media dependencia económica.

Esas ideas, profundamente han innovado todas las legislaciones. Tanto lo han hecho que hoy no se concibe una Constitución de un país en la que no se hable del derecho laboral, del trabajo, de su amparo. Así como se nos dice que el Estado debe proteger la familia, también se nos afirma que el Estado debe proteger los derechos del trabajador. De ahí la reforma que sufrió nuestra carta orgánica con la introducción del art. 14 bis, donde se aseguran los derechos del trabajador y hasta el mismo

derecho de huelga. En la Carta de las Naciones Unidas (O.N.U.) todo un capítulo sobre las relaciones humanas está dedicado al derecho laboral, al derecho del trabajo. Hoy no podríamos concebir la Constitución, como en 1833, en la que no habla de la familia, en la que se nos habla del trabajador. No todo es propiedad, no todo es crédito, no todo es patrimonio, antes que ello está la familia y el trabajo humano.

12. II. La función social en las profesiones liberales.

La función de las profesiones liberales no cabe ser puesta en duda. Así, no se concibe la administración de la Justicia sin el abogado; es un auxiliar de la justicia. Cierro es que cada cual puede defenderse sin el auxilio del abogado; el derecho de defensa está garantizado por la Constitución; pero, si no se admitiera una lógica limitación, eso significa, en buena medida, el desorden de los litigios.

En el proceso penal no se puede admitir, en razón del orden público, del respeto a la persona humana, que un encausado quede privado de su defensa, aun recurriendo al defensor de oficio. He aquí, entonces, la función social del abogado. Es un engranaje tan importante y necesario como el mismo dedicado a expresar, cuál es la voluntad de la ley en un caso concreto, o sea, la función que atañe al juez. No sólo el abogado cumple una función social; también la desempeñan todos aquellos que ejercen las profesiones liberales; unos, en mayor intensidad; otros, en menor intensidad; pero hablar de función social no significa que nosotros neguemos que ello no puede ser materia de contrato de trabajo intelectual.

Ese trabajo no debe ser aprehendido peyorativamente frente al trabajo material. No cabe aceptarlo ni aun en derecho romano no obstante que se recurría al trabajo material sólo mediante esclavos o al trabajo intelectual en función de dependencia también echando mano de los sometidos a esclavitud. No creemos que ésta sea la doctrina aplicable en Roma, ya que la locación de servicios (*locatio conductio operarum*), aun tratándose del trabajo material, importaba un contrato que no implicaba la dependencia inherente a la servidumbre humana. Si así no fuera habría que concluir sosteniendo que la prestación de servicios materiales era propia del esclavo.

Hoy, no comprender la función social del trabajo —intelectual y material— significa ceguera sociológica y económica. Repetimos que las constituciones modernas consagran el principio de que el trabajo humano —material o inmaterial— es amparado, o sea, que no es una mercancía, y que no cabe la explotación del hombre por el hombre.

Al decir que el trabajo humano no es mercancía con éllo se

asevera que no se puede permitir la lesión subjetiva en el contrato de trabajo, se trate de la labor material o de la tarea intelectual. Cuando León XIII en su encíclica "Rerum Novarum" estableció que el salario debía ser vital entendiendo así que debía permitir al hombre no sólo sustentarse él, sino también la mujer y los hijos del asalariado, para darles alimento y habitación como mínimo, estaba exponiendo el gran principio de que si no hay salario justo y humano no hay contrato de trabajo sino una lesión o un ataque. Cuando en la "Patristica", se hacía referencia a la lesión, como ejemplo típico se aportaba al contrato de trabajo sin "justo precio".

En substancia: la función social la hallamos en todo trabajo humano; hasta con Dugur cabría decir que nos hallamos ante un deber u obligación del hombre, más que ante un derecho, a fin de cumplir con tal función social. En las profesiones liberales ello también se pone de resalto: la función social del abogado, del médico, del ingeniero no es posible que sea objeto de dudas. Pero de ahí no procede extraer la consecuencia de que la tarea del profesional liberal no resulte subsumible en una figura contractual, ni menos pensar que todo se reduce a labores en las cuales la voluntad contractual no aparece y si surge lo es en mínima parte. Es cierto que el médico no podría sin desconocer normas éticas y jurídicas, no prestar su asistencia sin justa causa; o que el notario, en función pública, también injustamente se niegue a desempeñar su tarea fideicomitente. Pero todo ello no elimina lo esencial: que las partes celebran un contrato, sea de locación de servicios intelectuales, sea de locación de obra intelectual.

F) AGENTES Y FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS

13. Inexistencia de relación contractual.

El agente administrativo o funcionario administrativo difiere del locador de servicios. Mientras que este último es parte de un contrato de locación de servicios, el empleado administrativo es designado, no por contrato, sino por un acto jurídico unilateral de la Administración Pública, o sea, por acto administrativo estatal. Cuando el designado por ese acto unilateral acepta, no se ha celebrado un contrato: y lo que existe es un acto unilateral de designación sometido a la condición suspensiva de que el designado acepte. Removimos, por lo demás, a lo que hemos explicado al considerar este tema cuando analizábamos el contrato en el ámbito del derecho administrativo (v. *Compendio de clases de contratos*, t. I, cap. II, 4, b; *adde*: "Contratos en el der. civil", t. I, ps. 112 a 114).

Dijimos, entonces, que no existe relación contractual entre la Administración Pública y el agente o funcionario adminis-

trativo, sino un acto-condición que coloca a éste en una situación reglamentaria, objetiva y de derecho público. Señalemos que la tesis contractualista, fue admitida en un comienzo por el derecho administrativo; hoy es una tesis que puede decirse definitivamente abandonada, ya que no se concibe que en ese caso exista un contrato de derecho privado entre la Administración Pública y el funcionario público. No nos encontramos entre dos partes, ni actúa la Administración, en ese supuesto, en el campo contractual.

En resumen: la designación de una persona como agente administrativo implica un acto unilateral de la Administración Pública. Es éste quien efectúa la designación; sólo que no existiendo, en el caso, una carga pública, ese acto está sometido a una modalidad: a la condición suspensiva de que el designado acepte la designación de que ha sido objeto. Por lo tanto, se está frente a un acto jurídico unilateral de la Administración Pública sometido a la condición suspensiva de que el designado por ese acto administrativo acepte el nombramiento.

Por otra parte, esa designación del agente por la Administración Pública nos enfrenta ante una situación desigualitaria, ante un supuesto de autoridad y ante una relación publicista. En cambio, en todo contrato nos encontramos frente a una situación jurídica igualitaria (aunque, económicamente, esa igualdad no exista); o sea, que en el contrato civil nos hallamos ante una situación de derecho privado, sea de derecho civil, sea de derecho comercial, pero no de derecho público; o si se quiere, no es una situación de autoridad, sino de igualdad. En el contrato hay, entonces, igualdad jurídica, paridad de situaciones; se presenta una situación jurisprudista. Por el contrario en el acto por el cual se designa a un agente o funcionario administrativo repetimos que nos encontramos ante una relación juspublicista, ante una situación de supremacía de la Administración Pública, que es una situación de desigualdad.

Al designarse al agente y al aceptar éste, todo se agota en el acto administrativo: por lo tanto, no hay contrato de servicios y sólo existe un acto administrativo sometido a una condición suspensiva. En otros casos, la designación implica una carga pública; por ejemplo, desempeñarse como presidente de comicio; en ese supuesto, nos enfrentamos ante un agente administrativo, que también es un órgano del Estado, quien debe actuar como tal, lo quiera o no lo quiera el designado, ya que no cuenta para nada su voluntad contraria.

§ 2. ELEMENTOS Y CARÁCTERES

a) CARÁCTER CONSENSUAL

14. El art. 1623.

En el precepto citado se creyó necesario establecer que se está ante un contrato consensual, no obstante que "el servicio hubiese de ser hecho en cosa que una de las partes debe entregar". Ya en el art. 1493 se nos dice que el contrato de locación en general —es decir, en cualesquiera de sus tres tipos: locación de cosa, de servicios o de obra— se concluye "por el mutuo consentimiento de las partes".

Cabe preguntarse la razón de ser de la norma en cuanto persiste en calificar de locación de servicios aun el supuesto de que se trate de servicios que se concretan "en cosa que una de las partes debe entregar". La fuente directa del precepto se halla en el art. 2700 del Proyecto de Freitas y sólo procede extraer de ese antecedente la conclusión de que, como bajo el epígrafe de "locación de servicios" se trata, en realidad, tanto de ese contrato como del contrato de locación de obra, convenia aclarar el supuesto de que mediere provisión de la materia principal.

En verdad, en la locación de obra, el hecho de que el locador de obra provea la materia principal no influye sobre la calificación del contrato y no lo transforma en contrato real.

Pero, tratándose de la locación de servicios, si el locador de los servicios brindara la materia principal entonces habría una contradicción en los términos, puesto que no cabe hablar de mera prestación de fuerza de trabajo, sino de una fuerza de trabajo que debe concretarse en una obra mediante materia a proveer por el locador, y ello nos enfrenta ante la locación de obra. Y si el que suministra la materia principal actuara con subordinación jurídica, entonces ya nos hallaríamos ante una figura contractual que no se compeadece con la locación de servicios —donde todo se agota en la prestación de la fuerza de trabajo subordinado—; esa figura contractual resulta atípica en ese caso.

En conclusión: la advertencia de que la locación de servicios sigue siendo un contrato consensual no obstante que los servicios deben prestarse en cosa a proveer por el locador de los servicios, más bien tiene por destinatario, no la locación de servicios propiamente dicha, sino la locación de obra y ello de acuerdo con lo previsto en el art. 1623, donde se nos aclara que el locador de obra puede prometer sólo su industria o trabajo, o también suministrar la materia principal, que puede llegar a ser el mismo terreno como en el supuesto de tratarse de la "construcción de una casa" (nota art. 1623, in fine). En todo caso, la advertencia legal tiene la significación de una reacción en contra del antecedente histórico que pretendía considerar el su-

puesto de la provisión de la materia por el locador como una venta (v. *Mossum, Man. diém. de droit romain*, t. II, p. 174, núm. 131); pero ello es extraño al problema de si se trata de contrato real o si siempre asume la condición de contrato consensual, tal como lo declara el art. 1823.

Repetimos que este contrato es consensual, bilateral, no formal, tipificado, de tracto sucesivo, conmutativo y no aleatorio.

b) El precio cierto en dinero

15. Relatividad de este elemento

En la definición que dimos de la locación de servicios señalábamos que una de las partes —el locatario— se obliga a pagar un precio en dinero, pero dinero que implique moneda nacional. Ese precio puede establecerse en una suma determinada o determinable pero en moneda nacional. Cabe explicar por qué decimos que el locador se obliga a pagar una suma determinada o determinable en moneda nacional. Si se obligara a pagar en moneda extranjera, es decir, sin curso legal en la República, ya no estaríamos ante un contrato típico de locación de servicios. Tuvimos ocasión de señalar que, en ese caso, nos veríamos ante un contrato en el cual existe una suerte de intercambio entre un servicio, por un lado, y una cantidad de cosas, por el otro lado (v. *supra*, núm. 1). La obligación de entregar sumas de dinero que no tienen curso legal en nuestra República significa una obligación de dar cantidades de cosas (art. 617). Desde ese punto de vista el contrato es atípico. Es en ese mismo sentido que nos pronunciábamos cuando examinábamos un problema similar en materia de compraventa (v. *Compendio cit.*, t. III, ps. 462 y 464).

Otro ejemplo, en esta materia de contrato atípico lo hallamos en el contrato de portería. El portero recibe un estipendio mensual pero también tiene derecho a una unidad de vivienda que le suministra el principal o locatario de los servicios. Por un lado, el contrato encaja bien en la locación de servicios o contrato de trabajo, ya que existen el estipendio mensual y los servicios de portero. Por el otro lado, encaja también, en el contrato de arrendamiento de cosa; sólo que en él no hay contraprestación de dinero aunque sí el servicio que es el objeto de aquel estipendio.

La doctrina alemana afirma que allí nos encontramos ante un contrato de doble tipo que encaja todo en el contrato de trabajo y todo en el contrato de arrendamiento o de locación de cosas. De ello nos hemos ocupado al considerar el tema de la clasificación de los contratos (v. *Compendio cit.*, t. I, p. 310).

En nuestra legislación de previsión y asistencia social todas

las prestaciones no numerarias agregadas al salario forman parte del mismo. De ahí, entonces, que hay que computar el equivalente en dinero de la prestación de alimentos que se cumple frente al doméstico y lo que equivale a la habitación que se da al mismo doméstico, a los efectos de establecer cuál es el aporte jubilatorio del patrono y cuál es el aporte jubilatorio del dependiente, así como otros fines que contempla el derecho laboral, pero desde un punto de vista estrictamente jurídico, todas las veces que las prestaciones no sean en dinero, ya nos hacen salir del campo del contrato típico de la locación de servicios. Aún más; hemos indicado que una ley del año 1928, la ley 11.278, estableció que debe pagarse en moneda nacional el salario de los obreros y empleados (v. supra, núm. 1). La ley 11.337, del mismo año 1928, corrigió esto, en virtud de las dificultades que originaba el pago en dinero y autorizó ese pago mediante cheques cuando el salario fuera superior a los trescientos pesos mensuales (ya se advirtió que en aquella época se trataba de una suma significativa para su poder adquisitivo, que luego se perdió a consecuencia de la desvalorización y depreciación monetaria que se ha padecido entre nosotros y cuyas consecuencias son aún públicas y notorias) (véase: *infra*, núm. 38).

Lo cierto, es, entonces, que en la definición de este contrato debe hacer referencia al precio en moneda de curso legal.

El Proyecto de reformas de 1936 expresa que el contrato de trabajo implica que una de las partes se obliga a pagar el salario o precio en moneda nacional.

En el art. 1073 de ese Proyecto, que constituye el precepto liminar del título denominado "Del contrato de trabajo" se indican los caracteres esenciales de dicha figura contractual (o sea, promesa de fuerza laboral, subordinación al principal, plazo determinado —que no puede exceder de cinco años según el art. 1074 de ese Proyecto— o indeterminado, y precio, considerándose a ese último respecto también el trabajo a destajo, es decir, fijándose el precio por pieza o unidad hecha). He aquí dicha norma proyectada: "Las reglas del presente título, se aplicarán a las prestaciones de servicios de quienes prometan trabajar bajo la dirección de otra persona, por tiempo determinado o no, mediante un salario que deberá pagarse en moneda nacional. Igualmente regirán para el trabajo que se llevar a cabo en el domicilio del empleado, cuando la retribución consistiere en un precio por pieza concluida, siempre que los servicios continúen después de la entrega".

Esta norma del Proyecto de Reformas del año 1936 reconoce como directo antecedente el art. 1736 del Anteproyecto de Biliñoni. Pero en la definición que allí se brindaba del contrato de trabajo no se efectuó la correcta aclaración que contiene el

art. 1073 del citado Proyecto sobre la necesidad de que la retribución se pague en moneda nacional.

Si el trabajo a cuya prestación una de las partes se obliga fuere gratuito, no se está ante la locación de servicios porque no existe la contraprestación de la otra parte; no es una donación, no sólo porque así lo entiende el art. 1791, inc. 7º, sino porque la donación significa la atribución patrimonial gratuita, o sea, que en la donación siempre debe haber un detrimento patrimonial, una salida de un elemento patrimonial que va de un patrimonio a otro y todo ello con ánimo de efectuar ese enriquecimiento. Tampoco se trata de un mandato, no obstante que el mandato puede ser gratuito (art. 1871). Pero como se lo ha señalado, el mandato tiene por objeto actos jurídicos (arts. 1869 y 1889) y aquí estamos en presencia de servicios, de fuerza de trabajo, no de una declaración de voluntad con el fin de establecer relaciones jurídicas; por lo tanto el servicio prestado gratuitamente no es mandato, no es locación de servicios, no es donación, se trata de un contrato atípico.

§ 3. ESENCIA JURIDICA

a) LA SUBORDINACIÓN JURIDICA Y LA SUBORDINACIÓN ECONOMICA.

16. *La cuestión en las profesiones liberales: distingo entre el profesional locador de servicios y el profesional locador de obra intelectual.*

Debemos considerar la esencia jurídica de las relaciones que se desprenden del contrato de locación de servicios. Hemos hablado de subordinación jurídica y de subordinación económica, y ello aún analizando la cuestión tratándose de las profesiones liberales (v. *supra*, núm. 10). Atento el notable interés doctrinal que ofrece esta materia, debemos, sin embargo, retomar el problema sin perder de vista el distingo entre el profesional locador de servicios intelectuales y el profesional locador de obra intelectual.

La subordinación es el elemento tipificante de la locación de servicios. Donde hay subordinación jurídica —exista o no la subordinación económica— y el subordinado se obliga a prestar un servicio, allí nos hallamos ante un contrato de prestación de servicios. En otros términos, allí nos enfrentamos ante un contrato de trabajo.

Hemos dicho que también el profesional intelectual, el profesional liberal, puede estar subordinado, desde el punto de vista jurídico, aunque no siempre lo esté desde el punto de vista económico. Pero el profesional liberal también puede asumir —y ello es lo frecuente— la condición del locador de obra intelectual.

tual. ¿Qué quiere decir esto? Quiere decir que, v. gr., un abogado tanto puede desempeñarse como locador de servicios intelectuales, como puede desempeñarse en calidad de locador de obra intelectual. ¿Cuándo será lo uno y cuándo será lo otro? El abogado es un locador de servicios cuando se obliga a prestar su fuerza intelectual de trabajo indiferenciadamente a una persona —el principal—, en dirección a un resultado, pero, sin asegurar el resultado mismo. En esto radica la subordinación jurídica. Con acierto ha señalado Biblani al explicar el precepto (art. 1736), aproximadamente en el cual brinda la definición del contrato de trabajo, o sea, del trabajo subordinado (se trata de "una persona que promete su trabajo a otra bajo su dirección"). "Toda clase de trabajo queda comprendido dentro del artículo proyectado, manual, intelectual por elevado que sea, de empleado, obrero, o doméstico, siempre que se preste en las condiciones preceptuadas. Las profesiones liberales quedan comprendidas en ellas, cuando se ejercen en los términos del artículo. El ingeniero de una compañía, el médico de un hospital, hacen un contrato de trabajo, cuando se comprometen a prestarlo por tiempo definido o indefinido". Y esto aún cuando "el médico que atiende a un enfermo no está bajo la dirección de éste, como lo está el empleado" (nota al art. 1736, Apr.). En otras palabras: el profesional liberal puede hallarse subordinado jurídicamente aun cuando conserve su discrecionalidad técnica (y no puede desprenderse de ella en cuanto lo contrario lesione la ética profesional); en ese supuesto, promete su fuerza intelectual o inmaterial de trabajo y no el resultado u obra intelectual en cuya dirección ese trabajo se presta. Lo que en contrario sigue sustentándose por una parte de la doctrina, conoce de fuerza de convicción. Es ello lo que debemos asegurar con respecto a aquella tesis que niega la posibilidad de que el profesional liberal sea independiente (c.: *Marty y Raymond*, Distrito Civil, París, 1961. T. II, vol. 1, p. 438, núm. 426 tex. y n. 9.).

El locador de obra intelectual es, en cambio, aquel que sin subordinación, a su riesgo técnico, asume una obligación de resultado opuesta a la obligación de medio. Por ejemplo: si el abogado estudia el problema jurídico que le encarga el cliente y evade una consulta, cualquiera sea el lapso que para ello necesite ese estudio, escrito o verbal, es una obra intelectual, es el opus de los romanos pero no aplicado a lo material sino a lo intelectual, a lo que hay de creación con respecto a la inteligencia y a la experiencia, lo vuelque o no en el papel. Tal abogado actúa, en ese caso, como un locador de obra intelectual; promete un resultado intelectual sin dependencia; es decir, que dicho profesional actúa fuera del campo de la prestación de servicios. Lo mismo cabe aseverar del abogado que se encarga de

la asistencia letrada en un proceso, sea éste, civil, comercial, o penal; ese patrocinio o defensa es objeto de la prestación de un locador de obra intelectual. De ahí que, sin perjuicio de lo que en contrario establezcan las leyes arancelarias, cuando el abogado se le encarga el patrocinio o la defensa en un proceso, es terna aplicable lo previsto en el art. 1638, precepto que acuerda al locador de obra y no solo al locador de lo material como surgiría de una interpretación literal del antiguo texto reformado por la ley 17.711, el derecho al daño emergente comprendiendo el mismo daño o agravio moral (art. 522, ref. ley cit.) y al lucro cesante en caso de que el contratante desista de la obra, lo cual se aplica aún al supuesto de la obra intelectual. No obstante, las leyes arancelarias tratándose de la labor judicial han brindado otra solución, aprehendiendo la parte de obra intelectual ejecutada hasta el desistimiento. Pero, con respecto a la obra intelectual extrajudicial, el art. 1368 debe aplicarse, correspondiendo al profesional todo el honorario que hubiera obtenido por la obra intelectual concluida. Tratándose de otros profesionales las leyes arancelarias también han previsto el desistimiento del comitente y sus efectos sobre los honorarios, como en el caso de honorarios de arquitectos, ingenieros, agrimensores, etc.

Entonces, el profesional intelectual es locador de obra si actúa con independencia, sin subordinación, soportando el riesgo técnico; pero eso sí como decía Freitas, le está prohibido al abogado asegurar el éxito. No podría un abogado obligarse a esa prestación, ya que da su opinión, su parecer, indicando la suerte probable de un diferendo que concluya o no en litigio; es decir, que el resultado al cual se hace referencia es el inmediato o sea, asistir al patrocinado pero no asegurar el resultado mediano es decir, el triunfo en un proceso.

Podemos concebir, pero fuera del ámbito de la profesión liberal que se extiende la obligación de resultado aún al resultado mediano; por ej., cuando alguien se obliga a perforar pozos petroleros, pero asegurando no sólo la perforación, sino también el resultado de la perforación, o sea, que del pozo mane el denominado oro negro. Allí encontramos una locación de obra en la cual se promete el resultado inmediato de la perforación y el resultado mediano proveniente de esa perforación. En estos casos el contrato de obra sólo perdura como tal si no cambia su esencia jurídica; o sea, siempre que de contrato comutativo, es decir, de prestaciones ciertas, no se troca en un contrato aleatorio, es decir, de prestaciones inciertas; si esa mutación jurídica sobreviene deja de ser locación de obra para pasar a ser un contrato típico (adde: *infra*, núm. 23).

b) **LOCACIÓN DE SERVICIOS MATERIALES Y LOCACIÓN DE OBRA MATERIAL.**

17. *Distingo de ambos tipos contractuales.*

En la locación de servicios materiales existe, en cuanto al locador de servicios, dependencia o subordinación jurídica, prometiendo el subordinado su fuerza de trabajo material, y ello como hay obligación de medio. Por el contrario, en la locación de obra material no hay subordinación: el empresario no está subordinado, es el dueño de su empresa, por lo tanto es independiente frente al comitente o locatario de la obra y promete una obligación de resultado material: alcanzar, a su riesgo técnico y a veces a su riesgo económico, ese resultado. (Sobre el distingo entre la obligación de medios y obligación de resultado, v. *infra*, núm. 23, *in fine*). Biblioni expresaba en la nota al art. 1736 de su Anteproyecto, al diferenciar el contrato de trabajo de contrato de obra, que "el trabajo se efectúa bajo la dirección del patrono: en cambio en la locación de obra, el trabajo se efectúa bajo la dirección del empresario y en su caso bajo la vigilancia del arquitecto". Al referirse a la doctrina alemana, agregaba que según la misma la prestación de servicios "se diferencia de los otros contratos que tienen por objeto el trabajo en que en él se trata de actividades prometidas, y en la locación de obras de resultado acaecidos; en el contrato de trabajo, la retribución se debe por la actividad del obligado a los servicios, y en la locación de obra por el resultado prometido".

La doctrina moderna alemana, si bien no se aparta en lo esencial de ese modo de distinguir ambas figuras contractuales, pone su acento en la ausencia de autodeterminación, que es lo que ocurre en el contrato de prestación de servicios, mientras que en el contrato de obra no existe tal subordinación: el empresario o "trabajador" (pero en calidad de locador de obra) "conserva fundamentalmente el derecho de autodeterminación: puede, por tanto, disponer de su actividad laboral, puede aplicarla cuando quiera, por ejemplo, a media noche, y frecuentemente dispone también, en cierta medida, de los materiales empleados". Además, en el contrato de obra "el trabajo tiene un carácter impersonal": así quien acepta colocar "una taberna, no asume como contenido del contrato la realización por el mismo de un trabajo manual". Finalmente, en el contrato de obra todo se contrae al resultado, debiendo el empresario, en la realización de la obra, "soportar en principio el riesgo". Se formula la advertencia de que la oposición entre el contrato de prestación de servicios y el de obra puede quedar atenuada "en cada caso concreto o incluso anulada" en cuanto, p. ej., puede estipularse la prestación personal del "empresario", como sucedería en el supuesto de la "operación realizada por el cirujano y no, a su ar-

bitrio, por el auxiliar". A pesar de todo ello —se sigue aseverando— "siempre subsiste la raíz de la nota diferencial consistente en que un contrato de obra se trata de concentrar las energías hacia un resultado determinado y un momento también determinado, y, por el contrario, en el contrato de servicios se trata de la vinculación de dichas energías durante un lapso de tiempo" (*J. W. Hedemann, Derecho de obligaciones*, ps. 397 y ss., y ps. 414 y 415).

Nosotros partimos siempre de la directiva fundamental: la locación de servicios significa para el locador de esos servicios asumir una obligación de medios con subordinación jurídica, de tal modo que el objeto de esa obligación consiste en una fuerza de trabajo aun cuando esa energía se oriente a la consecución de un resultado. Y esto rige tanto para el trabajo y la obra material como para el trabajo y la obra intelectual.

Tratándose del trabajo a destajo (v. gr., en el caso del trabajo de la costurera a quien se le pagó por piezas hechas), no media una locación de obra, aun cuando el precio sólo se debe si las piezas o unidades se han realizado. No es una locación de obra porque hay subordinación jurídica y el hecho de pagar por pieza o por unidad significa sólo el modo de calcular el salario (añádese: *infra*, núm. 23). Recordemos que en el Proyecto de Reformas de 1936 se prevé que también existe locación de servicios no obstante que el trabajo se efectúa en el domicilio del que presta tal labor, fijándose el precio por cada unidad de medida o por pieza hecha.

Cabe observar que también puede ajustarse una obra por pieza o medida, o sea, que se puede contratar una obra mediante precios unitarios (art. 1639); de tal modo que también se puede contratar la ejecución de piezas como objeto de la obligación del locador de obra; pero las que está ordenando ejecutar el empresario son el resultado de la actividad de sus subordinados con independencia del comitente; en cambio, las que hace el subordinado constituyen la prestación del locador de servicios. En definitiva, podemos aseverar con un autor que "también en el contrato de servicios puede ser determinada la cuantía de la retribución guardando clara relación con el resultado del trabajo (salario a destajo, comisión)" (*Karl Larenz, Derecho de obligaciones*, t. II, p. 281).

c) CRÍTICAS DE OTRAS DIRECTIVAS

18. 1. Forma de retribución.

Según una directiva que, desde ya, debemos estimarla inconvinciente hay locación de servicios cuando se paga en proporción al tiempo de trabajo y existe locación de obra cuando es indiferente el tiempo que emplea el locador para alcanzar el

resultado. Es cierto que muy a menudo en la locación de servicios se determina el precio en relación al tiempo (por hora, día, quincena, mes) por el contrario, en la locación de obra es frecuente que el tiempo resulte, a esos fines, irrelevante; o sea, que tarde un día o dos no por ello varía el precio que percibirá el sastré que se desempeña como locador de obra ya que se le paga por la obra, por el traje que ha confeccionado. Pero no es difícil concebir una locación de obra cuyo precio se abona en proporción al tiempo; v. gr., que se le pague al autor de una obra científica, cuya propiedad intelectual luego se obliga a ceder, una suma mensual y hasta que la obra se concluya (previéndose un plazo máximo o, en su caso, determinándosele judicialmente (art. 42, ley 11.723).

Del mismo modo se le puede pagar a un arquitecto en proporción al tiempo que necesite para dirigir la obra que proyecta: eso no obsta a que haya locación de obra intelectual (véase *infra*, núm. 23).

Podríamos, pues, concluir con respecto a esta falaa directiva del modo de retribución de los servicios, expresando con *Biblené*, que "importa poco la forma de la remuneración: puede ser fijada por el tiempo del desempeño tomado como medida, por pieza, por cuota del importe de venta o encargo (comisión), con participación en las utilidades generales, o especiales, etc." (nota al art. 1736, Apr.). Es que, en esta materia debemos afirmar con la doctrina alemana que "no interesa la forma de determinación del precio, sino solamente cuál es el contenido del deber de prestación: si lo debido es una actividad como tal o un resultado, para cuya producción la actividad es solo el medio" (Larenz, *Der. de Öbbg.*, t. II, p. 281). En otros términos: si se está frente a una prestación cuyo objeto es la fuerza de trabajo o si el objeto de esa prestación lo constituye el resultado mismo de ese trabajo: en el primer supuesto, existe locación de servicios o contrato de trabajo; en el otro, se está ante la locación de obra o contrato de empresa.

19. 11. La llamada representación.

Así como la directiva fundada en la forma del precio nunca es inequívoca para distinguir la locación de servicios de la locación de obra, así tampoco lo es la llamada representación.

Se dice que en el dependiente hay representación, en cierto sentido, del principal. El dependiente es como la larga mano del principal. Este último multiplica su potencia de vida cuantos más empleados tenga. Esto, es exacto, pero siguen siendo dependientes, es decir, subordinados y no existe tal representación. Podemos decir que la habrá en el caso del factor de comercio, que es un dependiente y también un representante del principal en lo atinente a los actos jurídicos que a nombre de éste

colabora y que integran la actividad mercantil inherente al fondo de comercio; los contratos de venta que él celebra son imputables al principal; pero la representación aquí tiene como negocio jurídico base el contrato de trabajo y no un contrato de obra. No brinda, pues, esa representación una directiva terminante para distinguir a ambas locaciones.

Aún cabe pensar en una locación de obra intelectual con atribuciones inherentes a la representación.

Es lo que ocurre cuando el comitente encarga al director de obra (locador de obra) la celebración de contratos de adquisición de materiales por cuenta de aquél, supuesto que en otra vocación hemos considerado a través de la praxis judicial (v. nuestra nota: El director de la obra mandatario y el error del administrador de materiales al otorgar recibo per saldo, "J. A.", 1955, I, p. 159).

20. 111. De nuevo sobre la onerosidad (retribución).

En la locación de obra el locador asume el riesgo técnico, y en ocasiones, el riesgo económico (art. 1630 y 1633). No siempre el riesgo económico es necesario asumirlo, pero sí corresponde que asuma el riesgo técnico para que pueda hablarse de locación de obra.

Así, el arquitecto tendrá derecho al precio de la obra intelectual si el proyecto lo elabora y el abogado le asistirá la pretensión de percibir sus honorarios si ha evacuado la consulta; pero si esto es consecuencia del riesgo económico asumido, en cambio no recaen sobre ellos el riesgo económico. De las doctrinas que se han esbozado para distinguir la locación de servicios de la locación de obra, el criterio más acertado, más apropiado, para incurrir en equívocos en esta materia, es el de subordinación jurídica y es esa subordinación jurídica la que no da la pista, la directiva para saber si estamos ante un contrato de trabajo o ante un contrato de obra. Haremos aplicación de esa valiosa directiva en la consideración de aquellos supuestos de locación de servicios en los cuales la onerosidad del contrato asume la forma de participación en las ventas, en el producido, o en la utilidad del establecimiento del patrono. Ante el empleado que goza de un estipendio mensual, pero que también cuenta, en carácter de "habilitado", con una participación en las utilidades de la empresa, corresponde preguntarse si se trata de quien además ha celebrado una sociedad o si siempre procede hablar de contrato de trabajo (locación de servicios).

La respuesta debe darse en el sentido de que se trata de locación de servicios o contrato de trabajo; porque para que haya sociedad debe existir entre las partes la intención y el deber jurídico de tratarse como iguales es decir, lo que los antiguos

llamaban *actio societatis*, y eso no existe. No hay esa situación igualitaria, sino una subordinación en el contrato de "habilitación". Es verdad que existe distribución de utilidades y que el "habilitado" corre con el riesgo de que si no obtiene beneficios la empresa, deja de contar quizás con la entrada más importante. A pesar de eso, no hay sociedad porque, aparte de que el empleado no participa en las pérdidas, existe subordinación, o sea, que falta la igualdad jurídica de trato entre los contratantes, lo cual excluye toda idea de contrato social.

Esa subordinación, tratándose de la locación de obra intelectual inherente a las profesiones liberales, no significa desconocer la discrecionalidad técnica que atañe al profesional. Todo eso es propio de la profesión liberal; por lo tanto: la subordinación no significa abdicación de lo que exige la discrecionalidad técnica y de lo que pertenece al campo de las mismas normas consuetudinarias profesionales (art. 17, ref. ley 17.711).

Recordemos, también, en esta materia, que por mediar subordinación el trabajo a destajo es locación de servicios. Díjimos que es un medio de calcular el salario. Además, nunca como aquí la interpretación jurídica debe llegar a un buen resultado social y económico. En efecto, hemos de considerar que siendo un locador de servicios va a gozar de todo el amparo de esa legislación protectora del trabajador: de lo contrario, si lo consideramos como empresario, como locador de obra, vamos a desamparar a quien, en el fondo, no es más que un trabajador, o sea, que se halla subordinado, jurídica y económicamente, a su principal o patrono.

Aquí sí, la misma subordinación económica puede ser apprehendida como elemento de juicio para que nos inclinemos, decididamente, a considerar el trabajo a destajo como un supuesto de mera locación de servicios.

d) LA CLASIFICACIÓN ENTRE OBLIGACIONES DE MEDIOS Y OBLIGACIONES DE RESULTADO PARA DISTINGUIR LA LOCACIÓN DE SERVICIOS DE LA LOCACIÓN DE OBRA.

21.1. El riesgo técnico y el riesgo económico.

En esta materia otra directiva la brinda el riesgo ínsito a la labor, en su aspecto económico y en su aspecto técnico. Al respecto hemos advertido que el riesgo técnico y el riesgo económico son supuestos de locación de obra y no supuestos de locación de servicios (v. supra, núm. 20). En la locación de obra el riesgo lo sufre el locador de la obra, por lo menos, el riesgo técnico, ya que muy a menudo, en épocas de variabilidad de los precios, el riesgo económico recae —por acuerdo de partes— aún en la locación de obra sobre el dueño de la obra, es decir, sobre el comitente o locatario de la obra.

Entonces, uno de los elementos coadyuvantes para que podamos poner de resalto la esencia de la locación de servicios, lo es también, aparte de la subordinación jurídica, el riesgo que recae sobre el locatario de los servicios y no sobre el locador de los servicios, al revés de lo que ocurre, por regla general, en la locación de obra.

Finalmente, para mejor brindar las notas que precisan o determinan el contrato de locación de servicios, es útil advertir que la prestación de la fuerza de trabajo se traduce en una obligación de medios, por oposición a la locación de obra, donde la prestación a la cual se obliga al locador se traduce en una obligación de resultado, siguiendo aquella clasificación que, en la doctrina francesa, Dumasouy supo poner de resalto. La obligación que asume el locador de servicios, al ser una obligación de medios, implica una importante consecuencia en cuanto a la prueba de la culpa en caso de incumplimiento por parte de dicho locador de los servicios.

El locatario de los servicios, o principal, que imputa incumplimiento contractual a la otra parte, tendrá éxito en su afirmación si prueba que el locador de los servicios ha incurrido en culpa, porque la obligación de medio significa una obligación de general prudencia, de común u ordinaria diligencia. Entonces, no es suficiente que el locatario de los servicios afirme que su operario ha destruido una cosa o mal ejecutada que surja la responsabilidad contractual del dependiente; en verdad, es necesario que demuestre que esa destrucción o esa tarea defectuosa sobrevino por culpa o dolo del locador de los servicios.

En la locación de obra la cuestión se decide en forma distinta, porque si no se alcanza el resultado prometido, el locador de obra no tiene derecho al estipendio; es decir, no tiene derecho al precio, aun cuando sólo prometió su industria y la obra se destruyó por caso fortuito, y no es necesario probar que no se alcanzó ese resultado por culpa de él, sino que basta el hecho objetivo de que no se obtuvo tal resultado. (art. 1630). Por el contrario, en la locación de servicios, hay que demostrar un hecho subjetivo: la culpa del locador de los servicios. He ahí la gran importancia práctica que tiene el distingo en ésta como en toda la materia contractual, entre obligación de medio y obligación de resultado.

Por lo tanto, el acreedor de los servicios tiene derecho a que se rechace la pretensión del deudor de esos servicios si demuestra el elemento subjetivo de la culpa. En la locación de obra, el acreedor del resultado no está obligado a pagar el precio si el resultado no se alcanzó, aun cuando el locador de obra no tenga culpa alguna. Imaginemos que el locador de obra está levantando un edificio y en la casa vecina se produce un incendio que se propaga a la obra de modo que ésta se destruye. El

locador de la obra o empresario, que contrató por ajuste alzado, carece de pretensión al estipendio convenido. Para que tenga derecho tiene que rehacer la obra a su costa, ya que, en la hipótesis considerada, el locador de obra material se hizo cargo no sólo del riesgo técnico, sino también del riesgo económico, como ocurre en el llamado ajuste alzado absoluto.

En cambio, si se trata de los obreros del empresario, ellos son locadores de servicios de dicho empresario y, a pesar de que en razón de un evento fortuito todo el trabajo de los obreros se redujo a cero, tienen siempre derecho a percibir sus salarios porque sólo prometieron su fuerza de trabajo en dirección al resultado, pero no el resultado mismo; no cargan ni con el riesgo técnico, ni con el riesgo económico de la obra.

Aparte de todo ello, insistimos en que es de la esencia jurídica de este contrato de prestación de servicios, la subordinación. Esta puede ser analizada desde dos puntos de vista: subordinación económica y subordinación jurídica.

En la definición de locación de servicios sólo tenemos en cuenta la subordinación jurídica y no la económica. Todo esto, sin perjuicio de que esta última es especialmente tenida en cuenta por el derecho laboral a los fines de que no se tergiversase aquella fundamental valoración social de que el salario sea apto para que el subordinado y el núcleo familiar que de él dependa pueda subsistir humana y decorosamente a sus necesidades vitales. Pero no por lo dicho vamos a seguir aquella orientación que pretende que el contrato de prestación de servicios se refiere a la subordinación jurídica, mientras que el contrato de trabajo exige la existencia de la subordinación económica. La locación de servicios o contrato de trabajo se tipifica por la subordinación jurídica, se trate del derecho civil o de esa vigorosa rama del derecho que se denomina derecho del trabajo o derecho laboral (véase: *infra*, núm. 24 y *supra*, núm. 10).

22. II. El distingo entre mandato y locación de servicios.

Consideramos, ahora, el criterio distintivo entre el contrato de locación de servicios y el mandato. En nuestro derecho es posible hallar un criterio de distinción, de discriminación, entre la locación de servicios o de obra y el mandato.

Sobre la base de la definición legal del mandato que brinda el art. 1869, podemos expresar:

1º) El mandato se da para que el mandatario ejecute "un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza", es decir, actos voluntarios, lícitos que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos (art. 944).

2º) Si el mandatario actúa en representación del mandan-

te, obliga a éste, cuando procede dentro de los límites del acto de apoderamiento, sin quedar obligado el mandatario ante los terceros.

Según el art. 1871, el mandato puede ser gratuito y oneroso. Se presume la gratuidad cuando no se hubiere convenido precio alguno: ésta es la regla general. Pero, luego se agrega, como presunción relativa (*juris tantum*), que la onerosidad se presume "cuando consista (el mandato) en atribuciones o funciones conferidas por la ley al mandatario, y cuando consista en los trabajos propios de la profesión lucrativa del mandatario, o de su modo de vivir". De este precepto se deduce que es imposible, en nuestro derecho, hacer derivar la distinción de la locación de servicios y del mandato en la onerosidad, en el primer caso, y en la gratuidad, en el segundo, ya que el objeto de la locación de servicios cabría perfectamente en la presunción legal. La nota del codificador al art. 1871, por lo demás, es concluyente y nos evita insistir en historiar la distinción que la antigua doctrina quiso hacer entre las profesiones liberales y las manuales para aplicar las reglas del mandato o de la locación de servicios, respectivamente.

Es en la posible y no necesaria función representativa (sin perjuicio del supuesto del mandato oculto) y en el objeto del mandato (actos jurídicos) donde radica el criterio de distinción que en nuestro derecho debe adoptarse para diferenciar estas dos figuras jurídicas. Podemos decir con De Rocoano, y haciendo la salvedad que este autor se refiere a la gratuidad y a la representación como elementos distintivos del mandato —lo cual no cabe aplicar entre nosotros— que "sea civil o comercial (el mandato), la existencia de una remuneración no basta para transformar al mandato en un contrato de locación de servicios: la línea de separación entre los dos contratos, que algunas veces parece esfumarse, está dada por la causa jurídica, la cual en el mandato no es el honorario prometido o presunto (como es la merced en la locación), sino por el espíritu de benevolencia; por el poder de representación, que en el mandato se confiere al mandatario y que no aparece jamás en la locación de servicios; por el objeto, que en el mandato es un negocio a cumplir, esto es un negocio jurídico y por lo tanto un acto o un negocio jurídico, mientras en la locación se trata siempre de una actividad técnica, de una energía de trabajo a desarrollar, no de una declaración de voluntad que dé vida a relaciones jurídicas con los terceros". (Sobre ello reenviamos a nuestra nota publicada en "J. A.", t. 48, p. 966: *El criterio distintivo entre la locación de obra y el mandato*, aparte de lo que expresamos en lo que sigue.)

23. III. *Significación normativa del distingo entre locación de servicios y locación de obra, y conclusiones sobre los criterios distintivos entre ambos contratos*

Volviendo a insistir sobre el distingo de servicios y la locación de obra empezemos por recordar que el codificador ha englobado la locación de servicios (*locatio conductio operarum*) y la locación de obra (*locatio conductio operis*) en el capítulo que comienza con el art. 1623; pero, como bien lo observaba la doctrina clásica, distingue y separa la locación de servicios de la locación de obra (art. 1623 a 1628, para la primera, y arts. 1629 a 1647, para la segunda). Como ejemplo de esas dos especies de locaciones, podemos dar el del obrero que presta sus servicios o su fuerza de trabajo y el del empresario que se obliga a realizar una obra (*opus*), es decir, a obtener un resultado.

Ambas figuras jurídicas son diversas y originan consecuencias distintas:

a) El empresario (locación de obra material) se obliga a entregar una obra y conviene un precio por ella, cualquiera sea la labor que debe emplear para llegar a obtener el resultado prometido; el locador de obra sólo puede demandar el precio entregando la obra, si otra cosa no se hubiese convenido (artículo 1635). De ahí la consecuencia importante del art. 1639: si la obra perece antes de haber sido entregada, no tiene derecho el empresario a reclamar el precio —sin perjuicio de las modalidades inherentes al sistema de ejecución de obra a costa y costas—, salvo el caso de morosidad contemplado por este precepto o del supuesto de que el material no fuera apropiado, habiendo el empresario advertido al comitente (dueño de la obra), en su oportunidad esa circunstancia, según lo ordena la misma norma. En cambio, el que presta sus servicios se independiza del resultado de su trabajo: este trabajo hasta para darle el derecho al estipendio pactado y los riesgos no deben ser soportados por él.

b) En lo que a privilegios se refiere, también varía la situación del operario empleado por el empresario y la de este último. El empresario tiene un privilegio (arts. 3891 y 3931, C. C. y art. 130, inc. 4º, ley 11.719, sobre quiebras) que no le otorga la ley al primero, salvo en lo que respecta a la acción directa que le confiere el art. 1645 contra el comitente hasta el monto de lo adeudado al empresario. Pero el obrero empleado por el dueño de la obra (comitente o locatario de la obra), goza de ese privilegio, como el empresario y director de obra (art. 3931). Cuando el art. 3891 se refiere al obrero o al artesano y le otorga privilegio sobre la cosa mueble que ha reparado o fabricado, también parte del supuesto de que haya contratado con el locatario de la obra. En cambio, tratándose de obreros del empresario ese privilegio no existe.

c) La acción de que dispone el locador de obra para obtener el precio convenido, se prescribe, como toda acción creditoria por deuda exigible, en el término de diez años (art. 4023, ref. ley 17.711), ya que no se prevé un plazo menor para este contrato. Si se trata del empresario de obra material, implicando un acto objetivo de comercio (art. 8, inc. 5, C. Com.), también la prescripción decenal corresponde (art. 846, C. Com.). En cambio, "se prescriben por un año la obligación de pagar a los criados de servicios que se ajusten por año o menos tiempo, a los jornaleros y oficiales mecánicos, el precio de sus salarios, trabajos, o hecharas" (art. 4035, inc. 5º), a menos que mediante ajuste de cuentas (art. 4036). Todo esto sin perjuicio de la reforma que en materia de prescripción introdujo, en 1968, la ley 17.209, que establece en dos años el plazo de prescripción para las acciones derivadas del contrato de trabajo (acciones relativas a créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo o de convenios colectivos, laudos con eficacia de convenios colectivos y disposiciones atinentes al derecho laboral) (v. *infra*, núm. 44).

Con relación a los criterios distintivos, podemos, en sustancia, indicar que la directiva para distinguir la locación de obras de la locación de servicios consiste en lo siguiente:

a) El locador de obra promete conseguir un resultado. No ha de confundirse ese resultado con la eficacia de la obra en sí. Nada obsta a que el locador de obra se obligue a conseguir dicho resultado garantizando determinado rendimiento, calidad, requisito, etc. Aún más: con frecuencia no es posible hablar de "resultado alcanzado" sin que éste se caracterice por su eficacia, tal como ocurre con el constructor de edificios, que promete —como obligación hasta implícita— una obra conforme a las reglas del arte, aun cuando su perfección sea relativa y guarde adecuada relación con el precio, tipo de construcción, materiales a emplear, entre otros elementos de juicio. Empero, no siempre el éxito puede haber sido objeto de garantía por parte del locador. Si una planta industrial debe dar tal o cual rendimiento, si una excavación o labor minera ha de ser o no coronada con un "feliz" resultado, si el desempeño profesional del médico o del abogado tiene o no que conducir a la curación del enfermo o al triunfo en la acción judicial o extrajudicial, son circunstancias que pueden ser objeto —mientras no se lesione la regla moral y no se transforme el contrato consuntivo en un contrato aleatorio (v. *supra*, núm. 16)— del contrato de obra, como condición necesaria (*conditio sine qua non*) para que el locador tenga derecho a percibir el precio de la obra. No ha de verse allí, sin embargo un requisito tal que, al no darse, no sea precedente hablar de locación de obra. Como en el contrato de representación teatral, el empresario cumple con el espectador todas las veces que ofrece el prometido espectáculo, con independencia de

que la obra en sí sea o no capaz de crear en el espíritu de cada "locatario" la sensación estética que éste había esperado obtener. Todo es, entonces, un problema de circunstancias para decidir si se ha prometido el resultado inmediato o, también, el aleatorio resultado mediato.

b) El resultado prometido ha de alcanzarse sin subordinación, sin dependencia; es decir, asumiendo el locador de obra la "responsabilidad" del resultado, o sea, obteniéndolo a su costa y riesgo. No obstante, esto puede conciliarse con el control del dueño de la obra. Aún más; el comitente de la obra tiene el derecho y el deber jurídico de colaborar para la obtención del resultado.

c) En la locación de servicios, el locador promete, ya no un resultado, sino su fuerza de trabajo, sea preponderantemente material, sea con prevaencia intelectual. Es lógico que esa actividad, esa fuerza de trabajo, se oriente, a menudo, hacia la obtención de un resultado. Pero este último ha de alcanzarse según las directivas, las instrucciones, las órdenes del principal, o sea, del locatario de los servicios. Es cierto que, dentro de las múltiples particularidades que pueden presentarse, el locador de los servicios tenga cierta esfera autonómica de atribuciones. Los conocimientos científicos y técnicos del profesional, o la pericia y práctica del operario, son las que le indicarán el sentido, modo y condiciones en que la labor se desarrollará. Y, sin embargo, es el principal quien, en definitiva, tiene la "responsabilidad" del resultado: él es quien lo consiga, empleando la fuerza de trabajo de aquellos que le prestan servicios, por elevados e intelectuales que éstos sean.

d) El locador de servicios ha de seguir (conviene insistir en ello) las instrucciones, órdenes y directivas del principal. Este alcanza el resultado que se propone a su costa y riesgo, utilizando servicios ajenos. Pero mal podría conseguirse tal resultado, sin contar con un poder de mando o de dirección que implica, por parte de los que se someten a él, un estado de subordinación. El vínculo de dependencia entre locador de servicios y locatario o principal, es un elemento de juicio tan importante para decidir si se está en presencia de una locación de servicios, que bien podría afirmarse que él caracteriza, por sí, tal figura contractual.

En lo atinente a la forma de retribución se debe expresar que si bien es corriente que el precio en la locación de servicios es proporcional al tiempo en que éstos se prestan, pagándose por horas, días o meses de trabajo, no es ello determinante para calificarla. Del mismo modo, es común que el precio de la locación de obra se pague por la obra hecha. El ajuste alzado (*d forfait*, *d prix fait*) en los contratos de obra constituye el ejemplo típico de la inexistencia de proporcionalidad entre el tiempo que se emplea para ejecutar la obra y el precio convenido.

No obstante, aún puede mediar un pago de precio *pro-rata temporis*, es decir, en proporción al tiempo empleado para ejecutar la obra y, a pesar de ello, el contrato sigue siendo una locación de obra, si lo previsto por las partes no es la fuerza de trabajo material o inmaterial, sino el resultado a obtener. Un ejemplo característico de esto último se tiene cuando, en el contrato de transporte —que implica una locación de obra— se obliga a transportar las personas o las cosas por un precio que guarde proporción, sea a la distancia, sea al tiempo empleado en el transporte: no pierde por ello ese contrato su carácter de locación de obra, ya que las partes han tenido en cuenta, como obligación del porteador, el transporte de las cosas o de las personas de un lugar a otro y no un transporte parcial.

Así, también, el ingeniero o arquitecto que se compromete a elaborar un proyecto de obra, no deja por ello de ser un locador de obra aun cuando se convenga pagar una suma mensual durante todo el lapso que insuma la realización de esa obra intelectual.

Del mismo modo, el artista que se compromete a realizar una obra de arte es locador de obra aun cuando se le pague el precio de esa locación de obra en proporción al tiempo que se requiera para concluir la obra prometida (véase: *supra*, número 19).

Volvemos, pues, a insistir en que el elemento discriminante, esencial, entre ambas especies de locación está dado por la circunstancia bien decisiva de que, en un caso, se promete el resultado del trabajo y, en el otro, la fuerza material o inmaterial de trabajo, aun cuando —en este segundo caso— en la dirección de un resultado.

Ocurre que estas figuras jurídicas: *locación de servicios, locación de obra y mandato* son tres figuras conexas que tienen un campo común, y hay una zona gris entre ellas. Hemos indicado (v. *supra*, núm. 22) que el distingo entre el mandato y la locación de servicios y entre el mandato y la locación de obra radica en el distinto objeto que tienen estas figuras contractuales: el objeto de la figura locación de servicios, desde el punto de vista del locador de los servicios, es una obligación de medios, es una fuerza de trabajo; el objeto del contrato de locación de obra, es una obligación de resultado, que se concreta en una obra material o inmaterial; y el objeto del así denominado contrato de mandato (art. 1889), desde el punto de vista del mandatario (es decir, de quien va a cumplir el mandato) es la celebración de un acto jurídico o de una serie de actos de esta especie (prestar un servicio, ejecutar una obra no son actos jurídicos, ya que el servicio, la obra, son hechos jurídicos; en cambio, el acto jurídico, según la definición del art. 944 es todo hecho voluntario, lícito, que tiene por fin inmediato establecer relaciones jurídicas).

En lo relativo al riesgo técnico y al riesgo económico, recordamos que, en materia de locación de servicios, el riesgo técnico y el riesgo económico recaen sobre el locatario de los servicios; en cambio, en la locación de obra, el riesgo por lo menos, técnico, recae sobre el locador de obra (v. supra, núm. 21). A pesar de ello, en el contrato de locación de servicios, tanto el riesgo técnico como, en alguna ocasión, el mismo riesgo económico, podría recaer sobre el locatario de los servicios. Es ello lo que ocurre en el llamado, "contrato de trabajo a destajo", ya que esto quiere decir que el operario va a recibir un emolumento proporcional al número de piezas o de medidas que ha elaborado o ha confeccionado; por lo tanto si las confecciona mal, no se le abona, y si sufre un deterioro el género de propiedad del principal con el cual el operario debe realizar la pieza, él debe sufrir las consecuencias de ese deterioro pero siempre que se le pruebe su culpa. No obstante que parece tratarse de un contrato de obra no lo es, sino que se trata de un contrato de prestación de servicios, porque esa forma de pagar la retribución es un modo también de establecer el salario; en vez de fijarse el salario pro-rata-témporis, o sea, en proporción al tiempo de los servicios, se lo determina en proporción a las unidades hechas. Además siempre hay subordinación, no sólo jurídica, sino también económica, entre este obrero destajista y el principal; por lo tanto, están dadas —con prescindencia de la subordinación económica— las notas características de la locación de servicios (adde: supra, núm. 17).

En cuanto a la clasificación entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado para distinguir la locación de servicios de la locación de obra, se debe señalar:

a) Obligaciones de resultado u "obligaciones determinadas", son aquellas en que promete un resultado el deudor; esto, legal o convencionalmente, en cuanto el deudor asegura o promete una situación o efecto determinado como consecuencia de la acción u omisión que constituye su obligación.

b) Obligaciones de medio (llamadas también obligaciones de general prudencia y diligencia o de comportamiento) son aquellas en que, sin prometer un resultado, el deudor está obligado, legal o convencionalmente, a poner de su parte, "los medios razonablemente necesarios para llegar a ese resultado, a tomar ciertas medidas, a observar una conducta o comportamiento que normalmente, por su naturaleza, conduce a un resultado determinado o previsto, aunque sin garantizarse el resultado mismo.

La obligación que asume el locador de servicios, al ser una obligación de medios, implica esta consecuencia en materia probatoria; en caso de incumplimiento por parte del locador de los servicios, si así lo sostiene el locatario, éste no tendrá éxito en su afirmación si no prueba que el locador de los servicios ha

incurrido en culpa contractual, ya que la obligación de medios significa una obligación de general prudencia o diligencia.

En cambio, en la locación de obra, la solución es distinta. Si no se alcanza el resultado técnico, el locador de obra no tiene derecho al estipendio; no es necesario probar que el resultado no se alcanzó por su culpa sino que basta con probar el hecho objetivo de no haberse alcanzado el resultado (arts. 1630, 1631, 1636, 1648 y sus arg.).

He ahí la gran importancia práctica que ofrece el distingo entre obligación de medio y obligación de resultado.

En la obligación de medio —insistimos en ello— el acreedor sólo tiene derecho contra el obligado si demuestra el elemento subjetivo de la culpa. En la locación de obra, el acreedor del resultado no está obligado a cumplir con su prestación si el resultado no se alcanzó, aun cuando el locador de obra no tenga culpa alguna, si no se está ante un supuesto de imprevisión contractual (arts. 1198, 1633 y 1633 bis).

e) LA SUBORDINACIÓN EN LA LOCACIÓN DE SERVICIOS INTELECTUALES Y LA INDEPENDENCIA TÉCNICA

24. La cuestión tratándose de las profesiones de abogados, médicos, arquitectos, ingenieros, etc.

En la locación de servicios la fuerza de trabajo prometida —sea material, sea intelectual— queda subordinada a las directivas que impone el locatario, imprimiendo las instrucciones u órdenes que estime necesarias para alcanzar el fin que este último se ha propuesto al contratar esos servicios.

Empero, ello no es absoluto. Ni el locador de obra deja de ser tal por el hecho de que tenga que sujetarse a cierto control de la otra parte, ni el locador de servicios pierde esa condición por la circunstancia de que goce, dentro de su labor, de amplia o limitada autonomía técnica y ética, en la realización de ella.

En ese sentido, cabe señalar que el empresario-constructor puede estar obligado, por el contrato de locación de obra material que celebró, a seguir las instrucciones que imparte un técnico-director de la obra, que asesora al locatario, y hasta puede llegar a representarlo frente al locador de obra. También el ingeniero o arquitecto que presta su fuerza intelectual de trabajo a una empresa constructora, es decir, que forma parte del personal técnico de la empresa mencionada, puede —mejor dicho, debe— gozar de autonomía para seguir los dictados de la técnica a fin de cumplir con las normas legales, éticas y científicas inherentes al ejercicio de su profesión y de cumplimiento inexcusable. A pesar de esto, tanto en una como en otra hipótesis, sigue siendo lo esencial, en un caso, que el locador de obra se obligó a

alcanzar el resultado prometido y, en el otro, que el locador de servicios sólo prometió prestar su fuerza intelectual de trabajo.

Debe, por lo tanto, concluirse que la subordinación o dependencia, existe en la locación de servicios y no en la locación de obra, sin perjuicio de los matices que se han señalado.

Cualquiera sea el trabajo, material o inmaterial, de un obrero o de un arquitecto o ingeniero, de un artista, de un médico, de un abogado, habrá locación de servicios si sólo se promete la fuerza de trabajo, material o intelectual, siendo el principal o locatario quien la aprovecha de acuerdo con sus propósitos y con las directivas e instrucciones que imponga a la otra parte, lo que implica también un estado de subordinación jurídica. La subordinación del locador de servicios existe: podrá ser mayor o menor, sujeta o no a ciertas limitaciones, pero no podrá negarse que es el principal quien emplea esa fuerza de trabajo para el fin que se propone.

Hablar de subordinación jurídica, como requisito de esencia en este contrato, no significa con ello expresar que también debe existir subordinación económica. Una parte de la doctrina extranjera quiere hablar de contrato de trabajo, cuando, al lado de la subordinación jurídica, promedia la económica, en tanto que habla de contrato de prestación de servicios, cuando sólo está en juego la subordinación jurídica.

En nuestro derecho positivo debemos insistir en expresar que el contrato de locación de servicios existe cuando media subordinación jurídica y no es necesario que se presente, también, el supuesto de la subordinación económica. Por lo tanto, el abogado de sólida posición económica, que presta sus servicios jurídicos a un Banco, no por eso deja de ser locador de servicios, vale decir un empleado más de esa empresa bancaria.

Es lo mismo que sucede con el gerente de una poderosa sociedad anónima, el cual es un empleado, el primer empleado de ella, pero empleado al fin. Jurídicamente es un subordinado que está a las órdenes de las órdenes que le imparta el locatario de servicios, el principal, el empleador (en el caso de la sociedad anónima o de toda otra persona colectiva del derecho privado, el principal o patrono es esta persona jurídica, actuando por medio de sus órganos de voluntad).

Para hablar, entonces, de contrato de trabajo, de locación de servicios, es necesario dejar de lado la subordinación económica y pensar solamente en la subordinación jurídica que es lo que brinda la nota distintiva al contrato de prestación de servicios o contrato de trabajo. Esto no significa negar que el contrato en los casos de subordinación económica —que es el supuesto más frecuente—, no deba quedar sometido a un precepto imperativo de normas jurídicas, incluyéndose las que surgen de ese dere-

cho objetivo (ley material) que es la convención colectiva del trabajo (adde: supra, núms. 10 y 21).

Importa un error creer que la locación de obra siempre es material; ello no es así, ya que la locación de obra puede ser tanto material como intelectual. Locador de obra es el constructor (que si es locador de obra material). Pero también lo es el arquitecto, cuando, sin subordinación jurídica, proyecta y dirige la obra (pero lo que él pone en juego es intelectual). Locador de obra intelectual es el abogado que, sin tal subordinación jurídica, emite una consulta. También lo es el médico que, sin dicha subordinación jurídica, practica una intervención quirúrgica o asiste al paciente en una enfermedad.

Todos ellos son locadores de obra y no de servicios, ya que, sin subordinación jurídica, prometen un resultado, prestando su intervención técnica, su pericia y conocimientos; pero se trata de la promesa de un resultado inmediato, y no de un resultado mediato.

Algo similar ocurre con el contrato de perforación tratando de alcanzar una capa petrolífera. Este contrato es de obra material y así lo será en tanto prometa el resultado inmediato (ej.: perforar 1.000 m.) si se promete, en cambio, un resultado mediato, deja de ser un contrato de locación de obra, que es un contrato conmutativo, para pasar a ser un contrato aleatorio, atípico. Y si, además, el dueño del petróleo, como lo es el Estado, promete, a quien practica esa tarea, una parte de lo que se obtenga, allí no habrá contrato de obra, sino que habrá un contrato atípico, mezcla de un contrato aleatorio con uno de sociedad que se acerca más a la concesión que al contrato de obra (adde: supra, núms. 16 y 23).

Formulada esa advertencia, o sea que el profesional liberal tanto puede asumir el papel de locador de obra intelectual como de locador de servicios intelectuales, conviene preguntarnos de nuevo, si cabe hablar, en el segundo supuesto de subordinación: ¿Puede un médico ser locador de servicios?; vale decir, ¿ser un subordinado?

Supongamos el caso de un médico que está subordinado a la dirección de un sanatorio para prestar servicios al mismo. El problema consiste en ver como se compecece la subordinación jurídica con la independencia técnica o discrecionalidad técnica.

¿Puede el director del sanatorio ordenar al médico que practique la intervención siguiendo determinado método?; ¿puede el directorio de un Banco ordenar al abogado que defienda un determinado caso dando directivas jurídicas precisas?

La respuesta debe ser negativa, ya que ello entra dentro de la esfera de esa discrecionalidad técnica y de la ética profesional. La subordinación jurídica no implica cercenar la discrecionalidad técnica del subordinado.

Es la tesis que surge de nuestro derecho positivo en esta materia. Existe locación de servicios intelectuales pero estendida a la subordinación con ese alcance. No faltó la tesis en la cual se sostuvo que, tratándose de profesiones liberales, se está frente a un contrato innominado, es decir, que la prestación del trabajo intelectual del médico, del abogado, etc., no es una locación de servicios; que ese contrato no fue reglamentado por el Código Civil. Existiría, pues, una convención atípica. Esa posición es sostenida por una parte de la doctrina francesa, en cuanto no existiría *louage d'ouvrage*. También se la admitió en algún voto del ya mentado fallo plenario pronunciado en 1910 por la antigua Cámara Civil de la Capital (caso "Zarula v. Poncet de Longeville", recopilado en "J. A.", t. 5, pág. 68), pretendiéndose —en contra de lo que surge de los antecedentes que tuvo en cuenta nuestro codificador, como lo es el Proyecto de Fuerras— que si bien el Código Civil regló la locación de servicios materiales en cambio no reguló esta otra especie de servicios elevadísimos como son los intelectuales, con lo cual se quería reproducir una cuestión que forma parte de la arqueología jurídica.

Nuestro Código aprehende tanto los servicios intelectuales —por elevados que sean— como los servicios materiales. Debemos, pues, rechazar la tesis que considera los servicios profesionales como objeto de contratos innominados.

El Código Civil italiano de 1942 adopta en esta materia una metodología muy interesante y hasta diríamos noble. Ya se indicó que en el libro V de dicho Código se intitula "Del lavoro". Vale decir que todo un libro de ese código se dedica a reglar las relaciones jurídicas en que interviene el trabajo y la empresa; allí se menciona el contrato de empleo, como también la convención atinente al personal, no sólo obrero, sino técnico de la empresa. La labor autónoma es prevista, como la misma tarea del profesional liberal y la del empresario (cayendo dentro del concepto de empresa la actividad organizada para la explotación agrícola, industrial, comercial y hasta la misma sociedad). Vale decir, todo cuanto es actividad humana en función operaria, técnica, autónoma y empresaria.

f) Teoría del contrato innominado tratándose de las profesiones liberales

25. Su crítica.

Terminemos de mencionar aquella doctrina de que, tratándose de los servicios prestados por los profesionales liberales, mediaría un contrato atípico o innominado. Esa teoría tanto se refiere a la labor intelectual subordinada como a la autónoma, es decir, a aquella que es objeto de una locación de obra intelectual.

Conviene insistir sobre esa tesis, expresando que en ella se sostiene: a) no es una locación de servicios porque ésta más bien se refiere a servicios materiales; b) no es un mandato porque éste tiene por objeto actos jurídicos; c) tampoco es un contrato de obra porque lo que está en juego es la actividad intelectual del profesional. En consecuencia, se trataría de un contrato innominado.

Esa tesis parte de la consideración —que ya se esgrimió en el derecho romano— de que la profesión liberal significa una actividad tan elevada que es inapreciable pecuniariamente. En Roma, la actividad del retórico, del abogado, del agrimensor, era estimada en tan alto grado que no podía ser objeto de un contrato, sin perjuicio de que recibiera presentes; es decir, actos de reconocimiento, y de allí viene la expresión de honorarios; recordamos que no tenía acción contra el comitente por el cobro de honorarios, pero sí tenía un derecho de retención de lo que le había dado el cliente; posteriormente llegó a establecerse que podían pactarse los honorarios hasta el máximo de 10.000 sestercios. Recordemos, también, que la ley Cincia (año 550 de Roma) prohibió al abogado percibir honorarios; pero esa ley fue inaplicada (v. *supra*, núm. 6).

Un autor sostiene esa tesis de la actividad del profesional liberal como inherente a la de un contrato atípico o innominado (JEAN SAVATIER, *La profession libérale*, París, 1947, ps. 215 y 216). Después de criticar las teorías que aprehenden esa actividad del profesional liberal como un mandato o como una locación de servicios, considera que no cae tal relación jurídica en ninguno de los contratos especiales previstos por el Código Civil francés. Agrega que se está ante una "originalidad" propia a la profesión liberal, puesto que no procede asimilar esa profesión al trabajo de un asalariado o a la obra que ejecuta un empresario. Ese contrato atípico —se arguye— queda regido por los usos profesionales y por las reglas relativas a las organizaciones profesionales. Así lo sustentan otros autores franceses (RENÉ SAVATIER, *Cours de droit civil*, t. II, núm. 857; GASSONNER y C. BEU, *Traité de procédure civile*, t. I, núm. 155). Se añade que con relación a los médicos, el contrato "es pura ficción", o que sería un contrato "sul generis", según la doctrina establecida por la jurisprudencia de la Casación francesa.

Debemos entender superadas esas tesis que, ya entendieron que la convención de prestación de servicios intelectual es un contrato atípico, o que es un contrato de mandato en el sentido de que el mandato en el derecho romano era gratuito (a diferencia de nuestro derecho en el que el mandato tanto puede ser gratuito como oneroso). Esas tesis no concuerdan con nuestro Código, que no hace distinción, al tratar de la locación de servicios, entre servicios materiales o intelectuales. Tanto la presta-

ción de servicios de un albañil como la de un arquitecto quedan comprendidos, unos y otros, en el ámbito de este contrato de locación de servicios, en cuanto medie subordinación jurídica (si ésta no existe, entónces surge la locación de obra). Hemos indicado que se hizo en algunos votos emitidos en el varias veces citado fallo plenario de la Cámara Civil de la Capital (caso "Zuñeta v. Foucet de Langueville", en "J. A.", t. 5, p. 71), pero esta posición (sustentada en los votos de los doctores ZAPOLA, DE LA TORRE y GISSA) no ha tenido éxito y es rechazada hoy en la doctrina. Debemos entender que nuestro Código Civil repudia tal discriminación en los arts. 1623 a 1628.

Al respecto corresponde advertir que ese criticable distinguo, entre servicios materiales y servicios intelectuales, de modo que aquéllos quedarían comprendidos en esas normas y no en cambio los servicios inherentes a las profesiones liberales, no concuerda con los antecedentes legislativos.

Así, el art. 2698 del Proyecto de FERRAS, que es el antecedente histórico, se aplica a todo servicio u obra y se halla en la parte general del capítulo "locación de servicios".

Debemos añadir que el jurista brasileño mencionado distinguía el contrato de servicios intelectual del contrato de obra intelectual, aunque siempre con la calificación común de "locación de servicios intelectuales". Agregaba que si eran pagados y contratados "teniendo en cuenta el tiempo del trabajo" se aplicaba lo relativo a la locación de servicios de "obteros" (art. 2827, Pr. cit.). Si lo eran tomando en consideración "un trabajo o una obra por hacer, o cada una de las obras parciales en que consista el trabajo", entónces regía lo relativo a "empresarios" (art. 2827, Pr. cit.) y en caso de desistimiento (art. 2832, Pr. cit.) se aplicaba para el locatario lo dispuesto para la obra material (art. 2789, Pr. cit. [correspondiente al art. 1638 de nuestro C. C.]).

Hablaba FERRAS de la responsabilidad de los ingenieros y arquitectos proyectistas, en forma similar a la de los empresarios, aun cuando establecía que el empresario no respondía del vicio del plano (art. 2834, Pr. cit.). Consideraba la actividad de los abogados, procuradores judiciales (no representantes) y cobradores de cuentas (art. 2835, Pr. cit.). Añadía que "los abogados, médicos y cirujanos tienen derecho a la remuneración de sus trabajos, aunque éstos no den buen resultado" (art. 2836, Pr. cit.).

Por lo tanto, si nos atenemos a esos antecedentes históricos de nuestros textos legales, la conclusión que surge de ellos armoniza con lo que venimos sustentando: la figura contractual "locación de servicios" comprende, en nuestro Código Civil, tanto el trabajo material como el trabajo intelectual.

g) Teoría que aprehende la obligación de conciencia
en ciertas profesiones liberales

26. Voluntad contractual: su reducido ámbito. Crítica de esta teoría.

Una doctrina entiende que en las profesiones liberales, al prestarse servicios, no surge el contrato, sino un plexo de obligaciones que descansan en la conciencia del profesional liberal. No cabe negar que es una tesis que tiene un buen sustento. Pero de la circunstancia de que la profesión liberal posea de manifiesto ciertos deberes de conciencia, no se puede deducir que no haya un contrato, un acuerdo para hacer surgir obligaciones. Lo que existe es un marcado aspecto social y de conciencia en estas profesiones; pero no se puede negar que hay un acuerdo para que se presten servicios intelectuales —o, en su caso, se prometa una obra intelectual—, por un lado, y para que se pague un precio, por el otro.

No se puede, entonces, afirmar que no hay voluntad contractual o, en todo supuesto, que es una voluntad contractual pequeña, diminuta, reducidísima.

Esa doctrina (que sustenta JEAN SAVATIER en la citada obra *La profession libérale*, París, 1947) parte también del concepto de que tratándose de la profesión liberal, lo que resulta es la función social. Se aporta el supuesto del accidentado que concurre al consultorio de un facultativo y que necesita atención urgente. El médico, lo quiera o no, deberá prestarle auxilio, aunque el accidentado carezca de recursos pecuniarios. Hay, pues, una función social que también se observa en las demás profesiones liberales.

Si bien es exacto que se está ante una función social, ello no significa que también cumple con una función social el más modesto de los operarios.

Ni desde ese punto de vista, ni desde el otro considerado —el reducido campo de aplicación de la voluntad contractual— puede negarse que se dan las notas esenciales de todo contrato en el supuesto de la actividad desarrollada por el profesional liberal.

§ 4. CAPACIDAD

a) REGLAS PARTICULARES Y REGLAS GENERALES

27. *La reforma de la ley 17.711.*

Con la citada nueva ley, que ha reformado nuestro Código Civil, esta materia ha sufrido una innovación a la cual en seguida nos referiremos (arts. 128, 131, 134 y 135). Con ello también consideraremos algunas reglas particulares que rigen esta materia de la capacidad para celebrar el contrato de locación de servicios.

b) CAPACIDAD LABORAL DEL MENOR ADULTO

28. *Supuesto del menor adulto en general y del menor que cumplió 18 años.*

Consideremos, en primer término, la condición del menor adulto, o sea de aquel que ha cumplido los 14 años, no correspondiendo distinguir entre el varón y la mujer (art. 127).

La cuestión que aquí se trata es la de saber si ese menor puede celebrar un contrato de trabajo. La respuesta es afirmativa y siempre que se cumpla una condición: que esté autorizado ese menor —que aun no cumplió los 18 años o no está emancipado— por su representante legal, sea el padre que ejerce la patria potestad, sea el tutor con respecto al menor pupilo.

La ley, en realidad, parte de la idea de que es el padre (o tutor), como representante necesario del menor, quien promete los servicios del menor adulto; pero, al exigir el asentimiento de éste (art. 780), resulta, equivalente, asegurar, que, es el menor adulto el que celebra, como locador de servicios, el contrato contando con la autorización o asentimiento del representante legal.

En el art. 283 se establece una notable norma referente a esta materia: todo menor adulto que esté ejerciendo un empleo público, una profesión o industria, se le presume autorizado por sus padres (y esto se aplica también al pupilo), para celebrar "todos los actos y contratos" atinentes a esa actividad. Por lo tanto, cuando nos encontramos con un artesano que ejerce públicamente su industria, y no cumplió los 18 años, no necesitamos preguntarle si cuenta con asentimiento de su representante necesario. Esto, porque el Código Civil nos expresa que el solo hecho de ejercer públicamente su profesión, su artesanía, ya implica que está autorizado por el representante necesario. Ello importa una capacidad laboral, o sea que nuestro Código Civil ha rendido homenaje al trabajo. El que se gana la vida trabajando, demuestra que tiene capacidad, y por lo tanto la ley le atribuye esa capacidad, aunque sometido siempre, si no cumplió 18 años, a la autorización paterna o tutelar.

Es decir, que el Código —antes de su reforma por la ley 17.711— ya estableció esa capacidad laboral del menor adulto, aun cuando exigiendo la autorización del representante necesario.

Pero el art. 283 —lo repetimos— presume la autorización paterna por el solo hecho de que el menor ejerza empleo público, profesión o industria.

Todo esto ha sufrido una innovación en el nuevo Código Civil, que implica la sanción de esa ley de reformas. El art. 128 establece que, llegado el menor a la edad de 18 años, no necesita autorización de nadie para celebrar un contrato de trabajo; claro está que la función tuitiva del derecho laboral se deja a salvo.

Todavía prevé dicho art. 128 el supuesto de que el menor —aun no habiendo cumplido los 18 años— contará con título habilitante para ejercer una profesión. En ese supuesto, dicho título (que debe entenderse haberse otorgado por entidad autorizada conforme al derecho administrativo aplicable) lleva consigo el efecto jurídico de acordar al menor la capacidad para celebrar todos los actos jurídicos inherentes al ejercicio profesional.

El legislador se ha preocupado —tratándose de la capacidad laboral del menor que cumplió los 18 años o del que cuenta con título habilitante para ejercer una profesión— de establecer que el menor, no sólo tiene capacidad procesal para ejercer o contestar acciones civiles o penales conexas o derivadas del ejercicio profesional (y, por ende, para estar en juicio civil o penal como actor o demandado), sino también para "administrar y disponer libremente los bienes que adquiere con el producto de su trabajo". Con ello queda establecida una amplia capacidad de disposición de estos bienes, ya que comprende el mismo acto a título gratuito (dispone, en verdad, libremente del producto del trabajo, se trate de bienes muebles o de bienes inmuebles). Ya no cabe aseverar que sólo el "usufructo" de esos bienes le atañe al menor, como en cambio procede aseverar cuando se trate del menor que aun no cumplió los 18 años y adquiere bienes con su trabajo sin contar con título habilitante profesional (arts. 287 y 288).

Se debe advertir que mientras el que cumplió 18 años u obtuvo un título habilitante aun antes de esa edad, tienen ministerio legis la referida capacidad laboral; en cambio, el emancipado, sea por matrimonio, sea por habilitación de edad, cuenta con la capacidad inherente al mayor de edad para cualquier acto civil patrimonial, si no se está ante una prohibición legal. Esos emancipados —sea por matrimonio, sea por habilitación— tienen, aun fuera del ámbito laboral, o conexo con él, o derivado de él, amplia capacidad para administrar y disponer de sus bienes, con excepción de los que adquiriesen a título gratuito (art. 135, ref. ley 17.711). Para el ejercicio del comercio el habilitado deberá cumplir con las disposiciones del Código de la materia (art. 131, 4ª parte, ref. ley 17.711). Además, rigen las prohibiciones previstas en el art. 134, ref. ley 17.711 (afianzar, donar bienes recibidos a título gratuito, aprobar cuentas de la tutela, y todo ello ni con autorización judicial). Finalmente, la emancipación por matrimonio reconoce otra limitación para disponer de los bienes indicados en el art. 1277, ref. ley 17.711, es decir, de los bienes gananciales inmuebles o muebles registrables y aun el bien propio asiento del hogar, para cuya disposición —o gravamen— se requiere acuerdo de los cónyuges, bastando que uno de ellos sea mayor de edad —art. 135—, o se cuente con autorización judicial.

En la legislación comparada se tiende a considerar los 18 años para atribuirle una serie de consecuencias en el orden laboral. Tal es lo que sucede con el Código Civil italiano de 1942. A ello hemos llegado nosotros (art. 128, C. C., ref. ley 17.711), mediante una especie de emancipación legal y automática en el campo laboral. El que cumple 18 años debe tener capacidad plena laboral sin necesidad de que sobrevenga la autorización, expresa o implícita, del representante necesario.

c) LEGISLACIÓN Y MENORES

29. *Nóciones.*

La legislación laboral, tratándose de los menores, tiene que traerse aquí a colación, porque nos enfrenta ante problemas atinentes a la capacidad para celebrar el contrato de trabajo. Todo ello en razón de que el legislador nacional establece límites que no se pueden ultrapasár para que el menor pueda ser locador de servicios. En verdad, a fin de que ese contrato de trabajo sobrevenga con legalidad en ese aspecto, se debe cumplir con lo establecido en las leyes 11.317 y 15.984. Estas leyes amparan al menor, no sólo en cuanto establecen límites relativos a la edad, sino también en cuanto se preocupan de que el trabajo se realice adecuadamente, sin que peligre la persona de ese menor. En este sentido, se debe señalar que no se admite que el trabajo consista en una jornada plena, y aún más, el trabajo no puede ser nocturno, peligroso ni insalubre (arts. 9 y 11, ley 11.317). Toda esta legislación está orientada, pues, a que el menor no sufra ni en su salud física o moral, tratándose de evitar o disminuir los peligros de la actividad laboral. Sin embargo la ley permite rebajar la edad en ciertas circunstancias y si el menor ya ha cumplido con su educación primaria.

Además, esas prohibiciones no rigen cuando se trata del trabajo de menores con propósitos educativos y ello, no sólo en escuelas reconocidas por la autoridad escolar, sino también en talleres o establecimientos privados o estatales, si esos menores concurren como aprendices, no obstante que perciban cualquier suma en concepto de viático o salario, pero no pudiendo exceder la jornada de 4 horas diarias (art. 4, ley 11.317 y art. 1, ley 15.984). Sin perjuicio de que nos remitamos a lo que en otra ocasión sobre el tema hemos expresado (Contratos en el derecho civil, t. V, ps. 7 a 16), conviene tener presente que de esa legislación tuitiva de la labor de los menores — a la cual también se remite el art. 128, C. C., ref. ley 17.711 — se desprende:

a) El lapso máximo de labor, tratándose de menores de 14 a 16 años, se limita a cuatro horas diarias o veinticuatro horas por semana. Esto se aplica, tanto para el contrato de trabajo,

como para el de aprendizaje, es decir, se trata de ayudantes obreros o de aprendices.

b) Cuando se esté ante menores que tengan más de 16 años (aprendices, menores instruidos, ayudantes obreros), la jornada diaria puede ser la de ocho horas (o cuarenta y ocho horas semanales).

c) El trabajo nocturno (salvo en los servicios de enfermera, doméstico y de espectáculo público para mayores de 18 años), la labor en industrias peligrosas para la salud o inconvenientes para sus fuerzas o su moralidad, queda prohibido, por esas normas que son de orden público, o sea imperativas (arts. 5 y 6, ley 11.317; art. 60, decreto-ley 14.538/44, y decreto-ley 2406/38, ratif. por ley 14.467).

d) Todo menor de 12 años no puede ser empleado en trabajos por cuenta ajena, aun tratándose de trabajos rurales.

e) Tampoco el menor de 14 años puede emplearse en el servicio doméstico, ni en explotaciones o empresas —privadas o públicas, de lucro o de beneficencia—, con excepción de la labor en el seno del vínculo familiar (trabajo por los miembros de la misma familia) (art. 2, ley 11.317).

d) RELACIONES PATERNOCIALES. APRENDIZAJE. SERVICIOS REGLAMENTADOS EN EL ART. 1625.

30. Consideraciones generales.

Quien ha "criado" a un menor está exento de pagarle sueldo por servicios prestados hasta los 15 años cumplidos (art. 1625, 1ª parte). Los tutores tampoco están obligados a pagar sueldo a los pupilos menores de 15 años que "conservaren en su compañía por no poder darles acomodo" (art. 1625, 2ª parte). Los padres pueden exigir de los hijos que se hallen bajo su patria potestad "los servicios propios de su edad, sin que ellos tengan derecho a reclamar pago o recompensa" (art. 277). Aquí no se trata de contrato de trabajo, es decir, de locación de servicios, sino de una comunidad familiar y bien se explica la solución de la ley.

En cuanto al contrato de aprendizaje o aprendizaje contractual, ¿qué características tiene en nuestro derecho civil? ¿es o no una locación de servicios? Si el artesano o el maestro frente al aprendiz o al discípulo no se obliga nada más que a enseñarle y no le abona suma alguna en concepto de jornal, no se puede hablar de locación de servicios, por cuanto no hay precio en dinero, aun cuando el aprendiz o el alumno preste servicios. Se trata entonces de un contrato atípico. Pero no es innominado puesto que el mismo art. 1624 nos dice que la materia de locación de servicios se aplica también al contrato de aprendizaje.

Si consideramos las relaciones con respecto al artesano o al maestro, tampoco se está ante una locación de obra material o intelectual, salvo que exista el precio o "estipendio" para emplear el término que utiliza el art. 4035, inc. 3º, sin perjuicio de recurrir, el inc. 2º de este precepto, a la referida palabra "precio" para mentar los que debe el aprendiz al maestro.

Ante la evolución y transformación industrial, "el aprendizaje contractual llegó a perder casi toda importancia en la práctica" (ENRISTO KACOVICH, *Tratado práctico de derecho de trabajo*, Bs. As., 1955, vol. II, p. 836). La intervención del Estado se manifiesta mediante órganos destinados a la orientación y formación profesional. Se califica, por el art. 2 del decreto-ley 14.538/44, de aprendices a los menores que previa autorización del órgano de aplicación "complementen su trabajo con la asistencia a los cursos de aprendizaje correspondientes". El trabajo del aprendiz que le asegure la enseñanza efectiva de un oficio o trabajo, puede verificarse en establecimientos industriales privados o en escuelas técnicas o industriales de la Nación. Se prevé un ciclo de perfeccionamiento técnico que permita, luego, proseguir los estudios superiores ante la Universidad Nacional Tecnológica que cuenta con diversas Facultades Regionales.

El antiguo contrato de aprendizaje o aprendizaje contractual (aprendizaje de tipo artesano) en el cual la nota resaltante lo da la enseñanza impartida por el maestro-artesano, los servicios del aprendiz resultan ser de orden secundario y de ahí que si éste recibe una remuneración, ella es accesoria. Otra cosa es lo que ocurre con el antiguo aprendizaje industrial impartido en la fábrica: en este supuesto, el salario asume singular significación y el trabajo es la ocasión para que sobrevenga la enseñanza. Así, mientras en el aprendizaje contractual más bien nos hallamos ante un contrato de enseñanza (el maestro es el locador de obra intelectual si percibe un estipendio del aprendiz), en cambio, en el aprendizaje industrial se está frente a un contrato de trabajo (locación de servicios) con prestación subordinada del locatario de los servicios de impartir enseñanza al locador de los servicios (S.: M. L. DEVAL, *Naturaleza jurídica del aprendizaje*, en "Rev. Der. del Trabajo", t. 5, p. 485).

Hoy, la enseñanza industrial se imparte prevalentemente en los establecimientos oficiales y en sus distintos grados.

El contrato de aprendizaje requiere una edad mínima de 14 años según el decreto-ley 14.538/44.

a) PRESTACIÓN DE SERVICIOS IMPOSIBLES, ILÍCITOS O INMORALES

31. *La causa torpe.*

El art. 1626 se refiere a los trabajos imposibles, ilícitos o inmorales, y determina que aquél a quien tales servicios le fueran prestados no podrá demandar a la otra parte por la prestación de esos servicios, ni por la restitución del precio que hubiera pagado. Es, como vemos, una aplicación de la regla que veda invocar la propia torpeza (*nonne auditur propriam turpitudinem*). Pero el torpe que recibió el precio, puede retenerlo. Se trata de una regla que ya establece otro precepto, en materia del pago de lo indebido, en cuanto entre dos torpes resulta mejor la condición del que posee, o sea del que recibió el pago de objeto-fin torpe (arts. 794 y 795).

La parte que retiene se enriquece, pero se enriquece con causa, porque la ley misma le autoriza a enriquecerse, en cuanto el orden público inherente al derecho penal no quede desconocido. Se trata de un contrato inmoral o ilícito y entonces, desde ese punto de vista, la ley ha querido sembrar la inestabilidad o inseguridad jurídica: se ha dicho que ella entrega un torpe en los brazos del otro torpe.

En cambio, cuando el trabajo es imposible hay derecho a repetición, porque la imposibilidad no significa un ataque a la regla moral; todo esto, salvo el supuesto de ilicitud. Debe el art. 1626 merecer esta interpretación correctora.

b) PRESTACIÓN DE SERVICIOS QUE REQUIEREN TÍTULO PROFESIONAL

32. *Violación de las leyes que rigen los Consejos Profesionales.*

El ejercicio de las llamadas profesiones liberales requiere, en la mayor parte de los casos, título habilitante expedido u homologado por el Estado o por las entidades autorizadas legalmente. Se trata de una materia que asume indudable importancia en la praxis judicial (regulación de honorarios, responsabilidad profesional). Profesiones universitarias como las del abogado, médico, ingeniero, arquitecto, agrimensor, están reglamentadas por la ley. Algunas profesiones, para su ejercicio, requieren que el profesional se matricule ante organismos privados que ejercen funciones públicas. Se trata de organismos paraestatales, constituidos por los mismos miembros de esta profesión. Por ejemplo, los Consejos profesionales de ingenieros, agrimensores y arquitectos, están encargados por ley nacional o por la pertinente ley provincial, para llevar la matrícula de dichos profesionales, y la misma legislación establece que nadie puede practicar un acto

inherente al ejercicio de esa profesión si no cuenta con el título que ella exige.

Una persona que, carente de título habilitante, ejerza la profesión reglamentada, no sólo no tiene derecho a honorarios, sino que también incurre en un delito previsto por esa ley, si además no se cae en otro delito tipificado por el Código Penal, como en los casos de ejercicio ilegal de la medicina o de usurpación de título (arts. 208 y 247, Cód. Penal; *adde*, nuestra nota: *Uno falso de título profesional*, "J. A.", t. 39, sec. doct., p. 1). En cuanto a las sanciones que prevén las leyes que organizan los Consejos profesionales, pertenecen al derecho penal administrativo. Así, el decreto 17.946/44, ratificado por la ley 13.896, que creó el Consejo profesional de agrimensura, arquitectura e ingeniería en el ámbito de la jurisdicción nacional ("An. Leg. Arg.", t. IV, p. 405) previó el delito de ejercicio de las profesiones indicadas sin título habilitante (art. 12, *decr. cit.*), así como el de ejercicio de la profesión sin la inscripción en la matrícula respectiva (art. 16, *decr. cit.*), aparte de las correcciones disciplinarias a aplicar por el Consejo profesional (arts. 13 y 15, *decr. cit.*), las cuales dan derecho —en los casos de multa, suspensión y cancelación en la matrícula— a recursos judiciales ante el tribunal civil de alzada (art. 15, *in fine*, *decr. cit.*).

Debemos sostener que existe los derechos penales: uno, que está constituido por el derecho penal ordinario, y otro, que es el derecho penal administrativo: en éste, se subsumen las sanciones que establece el derecho administrativo, y en aquél, las del Código Penal. Desde el punto de vista ontológico, existe entre uno y otro derecho represivo, esta diferencia: el derecho penal ordinario tiende a reprimir las manifestaciones antisociales de carácter individual prevaliente; en cambio, el derecho penal administrativo reprime las manifestaciones antisociales que pueden adquirir gran fuerza expansiva.

El derecho penal administrativo es de orden local, mientras que el Derecho Penal ordinario es de orden nacional. Hay un solo Código Penal para todo el país; por el contrario, el derecho penal administrativo, fundado en el poder de policía, es de la más variada fisonomía y eminentemente local (nacional, provincial o municipal, perseguendo fines propios de la policía de seguridad, de la policía fiscal, municipal, etc.) (*adde*: nuestro Compendio de clases de contratos, t. III, ps. 742 y ss., y nuestro *Traat. de der. civil*, vol. 6, núm. 1307, tex. y ss. 74 y 77; v. también, nuestras notas jurisprudenciales: *El derecho penal administrativo*, "La Ley", t. 26, p. 898; *El derecho de reunión y el derecho penal administrativo*, "J. A.", t. 76, p. 739; *El procedimiento penal administrativo*, "J. A.", 1943, IV y p. 114; *Prescripción de las multas administrativas*, "La Ley", t. 18, p. 413; *El derecho penal administrativo y el retardo culpable en el pago del impuesto hereditario*, "J. A.", 1955-I, p. 801.

En ejercicio del poder del policía de esas profesiones liberales se han sancionado por leyes locales en el orden nacional y provincial los aranceles profesionales. Es ello lo que ocurre con los aranceles para abogados y procuradores. Es lo que sobreviene con respecto a otras profesiones. Así, con relación a las de ingeniero civil, industrial, etc., arquitecto y agrimensor, en el orden nacional, se ha sancionado el decreto-ley 7887/35 ("An. Leg. Arg.", t. XVI-A, p. 67), que aprueba los aranceles y declara de "orden público sus disposiciones y sule todo pacto o convenio que las contravenga" (art. 2, dctr.-ley cit.).

Cabe preguntarse si tiene derecho a honorarios profesionales o al precio de la obra material, aquél que realizó tareas que requieren título habilitante, careciendo de dicho título. La respuesta es negativa en cuanto a los honorarios. Pero en lo atinente a la obra material procede el ejercicio de la pretensión de enriquecimiento indebido o sin causa, es decir, por el mayor valor creado y no más allá del empobrecimiento padecido (arg. arts. 2588 y 2589). La circunstancia de que no se abonen honorarios o utilidades radica en la consideración de que no existe allí enriquecimiento sin causa sino, por el contrario, enriquecimiento con causa, ya que la ley autoriza a enriquecerse como sanción en contra del que ha ejercido una profesión reglamentada en violación de normas imperativas o de orden público. Hay torpeza del que desconoce esas disposiciones y no procede la pretensión accionable que persiga el cobro de los honorarios y, en todo caso, corresponde la repetición de lo pagado con causa torpe (arg. arts. 794 y 795).

Antes de la sanción de esas leyes arancelarias no faltó la jurisprudencia que, tratándose de locación de obra intelectual, admitió la procedencia de la acción por cobro de honorarios profesionales, no pretexto de que, en caso contrario, mediaría un enriquecimiento sin causa. Hoy en día, esa orientación ha sido abandonada: no procede dejar de lado el principio imperativo de que no cabe desconocer la ley que crea el Consejo Profesional. En verdad, las leyes que regulan el ejercicio de las profesiones liberales son de orden público y no pueden ser transgredidas ni aun por acuerdo de partes (art. 21, C. C.). Luego, el argumento del enriquecimiento sin causa no puede funcionar en el caso, ya que de hacerlo se estimularía la actividad de personas que ejercen profesiones sin habilitación, reconociéndoles, mediante un rodeo de la ley, un derecho que la ley expresamente les niega (v. *infra*, núms. 39 y 40). Lo contrario importa desconocer los principios que regulan el derecho penal administrativo y, por ende, las leyes sancionadas en el ejercicio del poder de policía (Sobre ello reenviamos a las indicadas notas jurisprudenciales publicadas en "La Ley", t. 18, p. 413; t. 26, p. 898; y en "J. A.", t. 78, p. 739; 1942-IV, p. 114; 1955-I, p. 80).

C) EL CONTRATO DE CORRETAJE

33. Corredor no matriculado: jurisprudencia.

El art. 89 del Código de Comercio establece que el corredor no matriculado carece de "acción para cobrar comisión de ninguna especie". Se plantea el problema de si quien ejerce profesional o accidentalmente la intermediación tiene, a pesar de esa norma, derecho a la pertinente comisión. Un fallo plenario estableció que si hay contrato escrito en el cual se reconoce la comisión, existe derecho a percibir tal comisión, ya que a quien ejerció el acto de intermediación se lo considerará, no como corredor, sino como locador de servicios (Cám. Civ. y Com. Cap. 10 oct. 1921, "J. A.", t. 7, p. 393). Se trata de una jurisprudencia deformante de un texto legal que no parece admitir, en sus palabras, ese distingo. Por nuestra parte sostuvimos que cabe reconocer esa comisión a quien se le debés en razón de la existencia de un contrato escrito y aun sin él, ya que no se puede justificar el enriquecimiento sin causa. En esa ocasión, y hace tiempo, sostuvimos que también trabajar es empobrecerse, y quien recibe estos servicios se enriquece. Pero los años no pasan en vano y se observan las cosas de diferente manera. La matrícula mercantil se exige no sólo para percibir comisión, sino también por una razón de orden en materia de comercio. La matrícula es el resultado del ejercicio del poder de policía que el Estado ejerce tratándose de ciertos profesionales. Ello implica una serie de obligaciones que la legislación comercial impone, en el caso, a dicho auxiliar de comercio.

Es un recurso técnico no muy convincente expresar que si se ha reconocido comisión por contrato instrumentado por escrito, allí en realidad, más que de corretaje, hay que hablar de locación de servicios y, por ende, no se cae bajo la prohibición del Código de Comercio. Se insiste en aseverar que esa persona que no está matriculada, pero que ostenta una autorización para intermediar sobre negociaciones, tiene derecho —según el art. 1197 del Cód. Civil— a percibir el precio de su locación de servicios (pero, en realidad, se trata de su locación de obra). En cambio, cuando no se celebró el contrato escrito de tal prestación de obra intelectual, regiría plenamente el Código de Comercio; es decir, que si no se ha matriculado, no tiene derecho a comisión. Esta es la jurisprudencia que prevalece, no sin matices y desviaciones (v.: J. L. García Carrasco, en "La Ley", t. 131, p. 1529; C. J. Zavala Rodríguez, *Cód. de Com.*, t. 1, núms. 251 a 258).

¿Cuál es nuestra opinión? Del tema nos hemos ocupado en algunas notas muy lejanas (*Corredor no matriculado: derecho a la comisión*, "J. A.", t. 33, p. 326; *¿Tiene derecho a retribución el corredor no matriculado?*, "J. A.", t. 48, p. 91). Sostuvimos que, en el caso, existiría enriquecimiento sin causa si se negaba la

retribución. Conforme a lo que hemos sostenido en materia de aquel profesional que no puede percibir honorarios sin título habilitante, hoy cabe abandonar esa opinión y considerar que es más jurídica, más convincente la doctrina de los que sostienen que el corredor no matriculado, sin distinción alguna, no tiene derecho a comisión.

d) CORRETAJE MATRIMONIAL

34. *Discusión doctrinal; jurisprudencia.*

El corretaje no implica una locación de servicios sino una locación de obra. El corredor, en efecto, es un intermediario que no sólo se limita a acercar a dos partes interesadas en celebrar un contrato o llevar a un acuerdo sobre cualquier asunto lícito (art. 103, Cód. Com.), sino que va a percibir su comisión siempre que el contrato se celebre, o bien, que si no se llega al acuerdo ello se debe a culpa del comitente o desistimiento del contrato de corretaje por parte de dicho comitente (art. 111, Cód. Com.; v.: FERRASOLA, Cód. de Com. coment., t. 1, p. 116, tex. y n. 1). Entonces, el corredor acerca a las partes, las auxilia, las esclarece y ellas son las que celebran el contrato. Repetimos que si se celebra el contrato o media acuerdo sobre cualquier negocio lícito, el corredor tiene derecho a comisión; por ende, es una obligación de resultado y no una obligación de medio; es decir, que si el resultado se alcanza, percibe la comisión y si no se alcanza, no la percibe.

Apliquemos esa noción del corretaje a un supuesto de interés en el ámbito del derecho de familia. Cuando el intermediario tiende a acercar a dos personas que abrigan el propósito de celebrar matrimonio, cabe preguntarse si ese corretaje, esa intermediación, es lícita o es ilícita y, por ende, si el intermediario tiene o no derecho a comisión. En nuestra jurisprudencia se ha sustentado la doctrina de que el corretaje matrimonial es lícito (Cám. Civ. 2ª Cap., 31 ag. 1948, "La Ley", t. 51, p. 878, y "J. A.", 1948-IV, p. 508).

En esta materia procede formular una discriminación. El corretaje matrimonial es ilícito cuando la comisión del corredor es una función de la celebración del matrimonio. En otros términos: si el corredor tiene derecho a comisión siempre que el matrimonio se celebre, ello imparta ilicitud. Con mayor razón, es ilícito el corretaje si la comisión es una función de la cuantía de los bienes de los prometidos, es decir que, a mayores bienes, mayor comisión. En cambio, el corretaje no es ilícito cuando la comisión no depende de la celebración del matrimonio. ¿Por qué se formula esta distinción? Porque la ilicitud en los casos que se mencionan surge de esta consideración: si el corredor sólo tiene derecho a la

comisión siempre que el matrimonio se celebre, entonces puede estar impugnado o recurrir a medios que no son confesables para que el matrimonio se concierte. Pero el matrimonio es un acto jurídico complejo que requiere, sobre todo, la libertad en la prestación del consentimiento de las partes, su libre decisión, la pureza del acuerdo de aquellos que van a celebrar un acto de singular significación social. Si existe el vicio de error sobre la identidad de la persona, el dolo o la violencia, ese matrimonio es anulable (arts. 18 y 85, inc. 3º, ley 2393). Es decir, que siendo la celebración del matrimonio la condición para que surja el derecho a la comisión, puede existir una presión por parte del corredor y esta presión ser un ataque al libre consentimiento de los contratantes. He ahí el corretaje ilícito (arts. 953, 1044 y 1045). Por el contrario, cuando el corredor tiene derecho a percibir comisión y esta no depende de la celebración del matrimonio o no es excesiva, o no existen maniobras dolosas, no se da este peligro. De ahí que sean lícitos los servicios gratuitos de las asociaciones que persigan fines, entre otros, de acercar a quienes pretendan contraer enlace. Esta es la orientación predominante en la jurisprudencia francesa.

Con lo que se termina de expresar, se está admitiendo que el corretaje lícito no es corretaje en sentido estricto, ya que el corredor cobra aun cuando el matrimonio no se celebre. Entonces podría llamársele intermediación o, más correctamente, locación de obra, pero prometiendo el resultado inmediato: acercar a los que abrigan el propósito de contraer enlace, y no el resultado mediano, o sea, que ese matrimonio llegue a celebrarse.

Finalmente, creemos útil reproducir las conclusiones que sobre este tema hemos llegado en otra ocasión (*Trat. de der. Civil*, vol. 11, núm. 73):

a) El corretaje matrimonial implica la concertación de un contrato que carece de objeto-fin social. Por lo tanto, es nulo. Es decir, que se trata de una nulidad absoluta, la cual, en el caso de ser manifiesta, impone la declaración de oficio de tal invalidez jurídica (art. 1047).

b) Lo anterior debe aplicarse sólo al contrato de corretaje matrimonial, en tanto se lo aprehenda en su propio o estricto sentido. Es decir, en cuanto al intermediario sólo le corresponda la comisión si, a consecuencia de su mediación, sobreviene el consentimiento matrimonial. En otros términos: cuando el cumplimiento de la prestación del corredor (poner en relación a las partes y que éstas, a consecuencia de esa mediación, celebren el matrimonio) resulta ser la *condictio juris* para que surja la obligación de satisfacer la remuneración pactada.

En cambio, no se trata de corretaje matrimonial en sentido propio y no se subsume en la nulidad que afecta a éste, la inter-

medición al solo fin de presentar a quienes abrigan el propósito de contraer matrimonio, no dependiendo la remuneración de que *el enlace es válido*.

c) Debe presumirse que se está ante un corretaje matrimonial todas las veces que se presenten algunas de estas circunstancias:

1) si se fija la remuneración en proporción al monto del haber patrimonial de cualquiera de los contrayentes o de la sustancia dotal;

2) si existen maniobras dolosas tendientes a conseguir que se preste el consentimiento matrimonial.

3) si la remuneración resulta ser de un desorbitado quantum o de una exageración manifiesta; esto, con la salvedad de que probada la falta de ilicitud (en los casos 1º y 3º enunciados), sólo exista nulidad parcial (art. 1039), reajustándose la comisión en la medida en que se respete el principio de que todo negocio jurídico debe satisfacer un objeto-fin social (art. 953).

d) Pagada la remuneración al corredor, no existe derecho de repetición por mediar causa torpe bilateral (arts. 796 *in fine* y 1626 *in fine*). Esto no significa que se esté ante una obligación natural: sólo se trata del efecto inherente al pago hecho con torpeza común. De ahí que no procede dar validez a las garantías personales o reales para asegurar el cumplimiento de la obligación (o sea, que resulta inaplicable el art. 518). Aun la obligación cambiaría, no tratándose del tercero de buena fe, resulta nula (arg. arts. 2058 y 2059) y no cabe la compensación (arg. art. 2057).

e) No caen bajo la sanción de nulidad los servicios prestados por asociaciones que persiguen, entre otros fines lícitos, el de presentar o acercar a quienes se proponen contraer matrimonio.

Tampoco se subsumen en esa invalidez del corretaje matrimonial los anuncios periodísticos destinados a hacer conocer las propuestas de matrimonio.

f) El solo hecho de que haya intervenido un corredor para que el matrimonio se celebre, no significa, por el posible peligro de que quede oscurecida la voluntad del contrayente, que se esté en presencia de un vicio del consentimiento que anule el vínculo conyugal.

Sin embargo, si el corredor indujo, con maniobras u omisiones dolosas, a que una o ambas partes contrajeran enlace, la anulabilidad puede desprenderse de las circunstancias de que ese dolo resulte determinante del consentimiento, habiendo originado una falsa representación sobre la "persona civil" de uno o ambos contrayentes que implique error esencial sobre una cualidad sustancial.

g) La intermediación oficiosa de parientes, allegados o amigos, para que se celebre un matrimonio constituye un acto simplemente lícito, no configurativo de un contrato de corretaje en cuanto no exista contraprestación subordinada a la concertación de la unión matrimonial. Se trata de actos de la vida civil que escapan a la esfera contractual, y que desarrollándose dentro de lo que es de uso social, significan hechos desinteresados y plausibles.

§ 6. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL LOCATARIO

a) PAGO DEL PRECIO

35. *Distingo a efectuar.*

La obligación principal del locatario es el pago de los servicios; por otra parte, es lo que tuvo en mira el locador de servicios al contratar estos últimos. En el contrato puede quedar establecido el precio, en cuyo caso no hay dificultad, aplicándose las reglas relativas a las obligaciones de dar sumas de dinero (arts. 616 a 624). Cuando no se estipuló precio o faltara la prueba de lo convenido, la ley prevé las soluciones de las cuales nos ocupamos en lo que sigue.

b) FALTA DE AJUSTE

36. *Los textos implicados (arts. 1627 y 1628). Jurisprudencia deformante. Presunciones.*

El Código trata el problema de la falta de pacto sobre el precio; pero las disposiciones, no muy claras, han ocasionado problemas interpretativos, felizmente superados en la actualidad.

El art. 1627 establece que si alguien hiciera algún trabajo o prestara algún servicio a otro, sin haber ajustado precio, podrá demandar la contraprestación siempre que el trabajo o servicio prestado sea de su profesión o modo de vivir. Se añade que, en tal caso, se remitieron las partes al precio de costumbre para ser determinado por árbitros.

El art. 1628 agrega que si el servicio no fuera relativo a la profesión o modo de vivir de quien lo prestó, sólo se considerará oneroso cuando las circunstancias no hicieran presumir que hubo intención de beneficiar a aquel a quien se le prestó el servicio. Dicha intención se presume cuando el servicio no fue solicitado o cuando quien lo realizó vive —por amistad o por caridad— en la casa de la otra parte (§ *infra*, núm. 37).

El antecedente inmediato de ambas disposiciones legales se halla en los arts. 2698 y 2699 del Proyecto de Freitas. Se advierte

bien claramente, en ese modelo legislativo, que se admite todo género de prueba para demostrar la existencia del contrato de locación de servicios, en cuanto se trate de servicios inherentes a la profesión o modo de vivir del que los presta. En otros términos: no rige la prueba tasada del art. 1193, ref. ley 17.711; de modo que aun excediendo de los diez mil pesos allí previstos, ello no es obstáculo para que toda prueba resulte admisible. Por el contrario, si quien pretende demostrar la existencia del contrato no lo es el locador de los servicios sino el locatario de los mismos, entonces debemos entender que rige esa limitación legal de la prueba testimonial y, por ende, de la de presunciones; en este sentido, el Proyecto citado del jurista brasileño sometía a la indicada limitación de la prueba testimonial, de presunciones y de confesión extrajudicial, la acción de quien pretendía la calidad de locatario de los servicios, pero sin exigirse que, aun en ese supuesto, hubiera existido pacto sobre la cuantía del precio, rigiendo el de costumbres a determinarse por arbitraje (art. 2697, Pr. cit.).

Recordamos que el art. 1627 ha sido objeto de una interesante jurisprudencia deformante. Usemos esa terminología a la cual recurre un autor francés, E. H. PRASSE, *La technique de la jurisprudence en droit privé*, Paris, 1923, t. I, ps. 269 y ss., para señalar que, en ocasiones, nuestra jurisprudencia "deforma" un texto legal para adecuarlo a las necesidades de la vida. De ello nos hemos ocupado en otra oportunidad (*Treat. de derecho civil*, vol. 1, núm. 144). Ahora sólo nos resta advertir —una vez más— que esa jurisprudencia, ya establecida en el año 1919, admite que atañe al juez pronunciarse sobre el precio de costumbre, sin necesidad de recurrir a un arbitraje que sólo brilla por divorciarse de los principios relativos a la mayor economía procesal (Cám. Civ. Cap. en pleno, in re "Zurueta v. Poncet de Longueville", "J. A.", t. 5, p. 68, y "G. del P.", t. 24, p. 9) (v. *supra*, núm. 10).

Este fallo plenario decide, pues, que no es necesario el juicio de árbitros, sino que el juez, directamente, debe fijar el precio de esos servicios, conforme a lo alegado y probado.

Antes que esto ocurriera, una parte de la jurisprudencia se ceñía literalmente al texto de la ley e imponía dos pleitos: uno, en el cual se debía probar la locación de servicios y la importancia de estos servicios. Segundo, una vez que se hubiera obtenido sentencia favorable respecto a ese contrato, recién cabía el segundo pleito, no ya ante el juez sino ante un tribunal arbitral que tenía como fin establecer el monto, o sea, el precio de la locación de servicios.

La interpretación literal de la ley que privaba antes de ese fallo plenario exigía, pues, el doble litigio, hecho que lesionaba el principio llamado de economía procesal, el cual exige que, con el mínimo de funcionamiento de la máquina procesal, se obtenga la

“actuación de la ley”, para emplear el lenguaje de *СЮВЕННА*. La sentencia no es más que la actuación de la ley en un caso determinado y ello se debe conseguir de la manera menos costosa y más rápida posible.

Cuando se obligaba al locador de los servicios aun tratándose de un obrero a recorrer la senda larga y dificultosa de los litigios se lesionaba ese principio de economía procesal.

Hoy, después del caso de jurisprudencia citado, la exigencia del arbitraje que contiene el texto del 1627 ha pasado al archivo de los recaudos legales perimidos. Si se leyera el precepto tal como está redactado, no hay duda de que sólo por árbitros se puede fijar el precio en la locación de servicios; pero tal como surge de la praxis judicial, de esta jurisprudencia que deforma el texto para alcanzar un buen fin, ya no se leerá más que el precio va a ser determinado por el juez.

Desde un punto de vista absoluto, la jurisprudencia deformante se presenta como divorciada de la ley suprema, ya que el juez aparece aquí creando la ley y no sólo aplicándola. Es el Congreso a quien corresponde crear la ley y aquí parece que el órgano judicial está lesionado el principio de la separación de poderes.

Como dijimos, se da todo ello, consideradas las cosas desde un punto de vista absoluto; pero debemos tener siempre en cuenta que el juez no es autómatas; no es una máquina de subsumción, como bien se ha dicho en la doctrina alemana. No debe reducirse a subsumir en la norma, el caso vital. El juez tiene a la norma como uno de los elementos fundamentales para aplicar el derecho, para hacer justicia. Del mismo texto legal pueden surgir —dentro de su marco de posibilidades— soluciones diferentes, y éste es un hermoso ejemplo de que el derecho civil no está constituido sólo por el Cód. Civil, sino que lo está por el Cód. Civil pero recubierto por esa jurisprudencia. El derecho civil es el que surge, no sólo de la ley, sino de lo que practica en nuestros tribunales, formándose una suerte de derecho consuetudinario o derecho judicial.

Finalmente conviene advertir, que carece de fuerza de convicción, invocar normas de leyes rituales (art. 165, C. Proc. Civ. y art. 37 de la ex ley 14.237) como alguna vez ha hecho (Cám. Nac. Civ. Cap., sala C, 9 de diciembre 1968, “La Ley”, t. 335, fallo 63:102), todo para dejar de aplicar el art. 1627 el cual —aprehendido literalmente— impone la decisión arbitral; en esta materia, debe afirmarse que el derecho vigente es el que surge de la comentada jurisprudencia deformante.

37. El texto legal (art. 1628) y sus condiciones de aplicación.

Ya hemos mencionado el art. 1628, el cual admite la acción del locador de los servicios, aun no habiéndose pactado el precio,

y no obstante que se trate de servicios no inherentes a la profesión habitual o modo de vivir del que los presta, siempre que las circunstancias no hagan surgir la presunción de gratuidad de esos servicios. Tal presunción, meramente relativa —es decir, que admite prueba contraria—, aparece cuando se dan uno de estos supuestos: 1) que mediare oficiosidad del que presta los servicios, o sea, que no fueron solicitados; 2) que quien presta los servicios habita o ha habitado en la casa de la otra parte.

Si nos atenemos al antecedente inmediato de esa norma, o sea, el art. 2699 del Proyecto de Faginas, entonces comprendemos que la presunción de gratuidad aparece en los variados casos en los cuales, tratándose de donaciones manuales, la intención de donar es presumida (art. 1818 de nuestro Cód. Civil y art. 2159 del cit. Proyecto). Los otros dos supuestos que se mencionan en el art. 1628 pueden, por lo tanto, no estimarse cláusulas. Por lo demás, la sola convivencia únicamente origina la presunción si el que prestó los servicios "vivió en la casa de la otra parte por mera amistad o caridad", para decirlo con el modelo legislativo. La presunción no aparece si el que prestó los servicios no inherentes a su modo de vivir usaba de la unidad de vivienda común pero a título oneroso. La presunción de gratuidad debe, además, interpretarse con carácter restrictivo y, en la duda, hay que inclinarse por la onerosidad.

d) EL PAGO DE SALARIOS Y SUÉLDOS

38. Legislación laboral (leyes 11.278 y 11.337).

Para evitar abusos de los patronos en el pago de los salarios y suéldos —v. gr., pagar a sus obreros con vales canjeables sólo en las procedurías de la empresa, es decir, el procedimiento propio del llamado truck system—, se sancionó la ley 11.278 (prom. el 5 de ag. de 1925), la cual dispone que todo sueldo o salario debe ser pagado, bajo pena de nulidad, en moneda nacional de curso legal. A ello ya tuvimos ocasión de referirnos (v. *supra*, núms. 1 y 15).

Para comprender cómo se puede llegar a extremos inconcebibles en quienes no vacilan recorrer el sendero de la explotación del hombre por el hombre suficiente es reproducir esta transcripción de un informe del inspector Nicolson a raíz de la investigación que en su momento se practicara tratándose de los obreros de la zona Norte de nuestro país: "los artículos peor elaborados, los de más baja calidad iban a los almacenes y pulperías de los obreros, y allí se le entregaban al trabajador al precio de los mejores similares, reduciéndose de paso, en provecho de los patronos, la medida y el peso. Las procedurías se imponían al trabajador imperiosamente. El mandato de adquirir todo lo que pueda necesitar para su subsistencia en las empresas a que prestaba

sus servicios debía cumplirse, so pena de perder el conchabo. Afectado por ineludible obligación a ellas, debía aceptar sus precios sin vacilaciones ni protestas. Lo mismo debía aceptar la calidad, la medida y el peso de los artículos" (Boletín del Dep. Nac. del Trabajo, N° 38, p. 99, cit. por MARIO L. DEVELL, *La ley 11.278 sobre pago de salarios*, en "An. Leg. Arg." —completo 1920-1940, p. 145—).

Ello condujo a la sanción de dicha ley, que luego recibió necesarias atenuaciones, en cuanto no exista —al admitirse el pago en cheque dentro de cierto límite, o al aceptarse la deducción de la adquisición de determinadas mercaderías producidas en el establecimiento del empleador, hasta el 40 % de la total retribución, y aun con necesaria bonificación sobre el precio corriente (decr. 16.312/44, ratif. por ley 12.921)— el peligro de la inicua explotación del operario.

La ley 11.337 (prom. el 9 de setiembre de 1926) dispuso agregar como apartado final al art. 1 de la ley 11.278, lo siguiente: "Será permitido el pago con cheques bancarios únicamente cuando corresponda a un período de pago y por una suma no inferior a trescientos pesos m/n". Como se comprende, la significación económica de esa suma de dinero disminuyó en considerable grado con los efectos de la depreciación y desvalorización monetarias (quizá hoy volvería a adquirir tal significación si se tratara, ya no de m\$n, sino de p\$a).

La ley 11.278 establece los plazos en los cuales deben efectuarse los pagos de los sueldos o salarios de los obreros y empleados: a) en los trabajos a sueldo fijo, cada mes; b) en los trabajos a jornal, cada quince días; c) en los trabajos a destajo (es decir, por pieza o medida, pero como locador de servicios y no como locador de obra que ajusta "la obra" por pieza o medida —art. 1689—), cada quince días en cuanto a las piezas o medidas concluidas en dicho lapso, aparte de una suma proporcional al valor del resto del trabajo realizado sin perjuicio de retener como garantía una cantidad no mayor que la tercera parte; d) en las épocas que se determinen de antemano y se exhiban en el cartel a colocar en el sitio de trabajo o de pago, tratándose del suplemento de "comisión de venta" o "participación en las utilidades" u otro concepto, debiéndose indicar, además, esa "tasa del suplemento" y en su caso el precio por cada pieza o medida (art. 2, ley cit.).

Se prevé que, por vía reglamentaria, deben establecerse los plazos máximos, no superiores a una semana, dentro de los cuales deben hacerse los pagos inherentes a cada uno de esos períodos (art. 1, ley 11.337). En hora y sitio de trabajo debe realizarse el pago (art. 3, ley 11.278). La ley también prohíbe efectuar deducciones, retenciones y compensaciones con respecto a los sueldos o salarios, so pretexto de multas, entregas de mercaderías, de ali-

mentos, locación de sitios, uso de herramientas y cualesquiera otras prestaciones; todo ello con excepción del supuesto de daños intencionales en los talleres, instrumentos o materiales de trabajo, en cuyo caso podrá el empleador consignar judicialmente del importe del sueldo o salario, la parte proporcional a las resultas de las pertinentes acciones (arts. 4 y 5, ley 11.278). Por lo tanto, no cabe esa retención si el daño fue doloso, sino meramente culposo. Además, en cuanto a la improcedencia de la retención en concepto de multas, debe tenerse en cuenta que el art. 8 de la ley 11.278 admite que las reglamentaciones en el orden nacional y provincial establezcan las multas que pueden aplicarse, las cuales no pueden insumir más de la quinta parte del sueldo o salario mensual o quincenal. Con ello se ha tratado de aminorar el sistema absoluto de no autorizar multa alguna y poner al patrono ante el dilema de ocurrir a la ruptura de la relación laboral.

En lo atinente a la inexistencia de retención del sueldo o salario por anticipos o "a cuentas" o de pagos por partes, verificados antes del vencimiento de los plazos previstos en el art. 2 de la ley 11.278, debe aprehenderse el art. 4 de esta ley con mesura para no llegar a conclusiones absurdas. Por ello, la compensación aceptada por el locador de los servicios es procedente, ya que en ello no existen los peligros que el legislador quiso impedir, o sea que el locatario de los servicios pretenda imponer una compensación o quiera realizar una deducción que no cuenta con el consentimiento de su dependiente o si no existe una sentencia que homologue la pretensión del empleador. Las decisiones que estiman procedente la deducción de anticipos de salarios o comisiones (Cám. Ap. Trab., 31 mar. 1948, sala IV, "Rev. Der. del Trabajo", 1948, p. 246; Cám. Com. Cap., 31 dic. 1945, rev. cit., 1946, p. 122) merecen ser aprobados; no así alguna decisión judicial que se atiene a lo literal de la ley y no a sus fines sociales (Sup. Cort. Es. As., 4 mayo 1949, rev. cit., 1949, p. 411, con acertada nota discordante de Devral; v., de éste el ya cit. comentario de la ley 11.278 en "An. Leg. Arg.", complementos 1920-1940, p. 146, 111).

e) LOS HONORARIOS PROFESIONALES

39. I. *Carácter obligatorio de la prestación debida por el locatario.*

Hemos indicado que existen determinadas profesiones liberales reglamentadas, que sólo pueden ser ejercidas por aquellos que cuentan con título habilitante y están "matriculados" (v. supra, núm. 32), todo ello sin perjuicio de que la ley llegue a admitir razonables excepciones como aquella antigua ley —número 4416— que admitió el ejercicio de la profesión por parte de la persona contratada por universidad nacional (v. GARRÁS J.

EMART CAMPOS, *El requisito de título argentino para ejercer la docencia universitaria*, "El Derecho", t. 38, sec. doct., núm. 11).

El "matriculado" no puede pactar libremente sus honorarios, sino que debe respetar la pertinente ley arancelaria, que es, para ese profesional, un "mínimo". Si un jurista con título extranjero, que no ha revalidado su título habilitante, celebra actos inherentes a la profesión de abogado, actúa en el campo de la ilicitud, no de la inmoralidad. Esto nos enfrenta ante el problema de distinguir los contratos inmorales de los contratos lícitos. Así podríamos aseverar que, no reponer el sellado en un contrato, es un acto ilícito, pero no es, precisamente, un acto inmoral. No siempre la evasión de impuestos significa un ataque a la moral. RUSSET ha dicho que dicha evasión se ha pretendido que puede significar una defensa contra la voracidad fiscal.

Cabe, pues, señalar, al margen de esta ejemplificación, que hay un distingo entre lo ilícito y lo inmoral.

El caso que señalamos del jurista que ejerce un acto profesional sin contar con título habilitante y matriculación, significa la realización de un acto ilícito. La ley lo sanciona impidiéndole demandar el cobro de sus servicios. Vale decir que la otra parte puede enriquecerse, con una causa que lo es la misma ley. La jurisprudencia —conforme al ordenamiento legal— niega derecho a técnicos (o pretendidos tales) no matriculados para percibir honorarios, pues están ejerciendo una actividad en contra de lo que reglamenta la ley que crea el pertinente Consejo Profesional de Ingeniería, Arquitectura y Agrimensura. Ello en el orden nacional, y no otra cosa cabe expresar en el afínente al orden provincial.

Pero, una vez cumplidos los recaudos legales, la prestación del locatario es obligatoria; no cabe la anticipada renuncia a los beneficios de la ley arancelaria. A veces se ha llegado hasta el extremo de estimar irrenunciable el honorario regulado, como ocurre en la provincia de Buenos Aires por aplicación del artículo 147 de la ley 5177 (Cám. Cy. 2ª La Plata, sala II, 20 ab. 1965. "Rep. La Ley", t. XXXVI, p. 746, núm. 7. Com.: Cám. Nar. Civ. Cap., sala F, 13 jun. 1963. "La Ley", t. 112, p. 127, con nota de IVAL ROCCA, *Honorario de abogado: ¿puede pactarse una cifra inferior a la legal o renunciarse antes de ser regulado?*).

Debemos añadir que no falta la ley, también en la misma provincia de Buenos Aires, que confiere a un organismo profesional, que no forma parte del Poder Judicial, la atribución de regular los honorarios de expertos que actúan en los juicios. Tal es lo que ocurre con el Consejo Profesional de Ingeniería y Arquitectura de esa provincia, al establecerse en la ley respectiva que no cabe recurso alguno contra la regulación referida. Pero ese texto ha sido declarado inconstitucional por la Suprema Corte de dicha provincia. Además, se ha dicho que la regulación de

honorarios (v. arts. 8, 16 y 23, de cr. 6964/65, "An. Leg. Arg.", t. XXC-C, p. 2840) por un organismo profesional, ajeno al Poder Judicial, y ello sin audiencia ni trámite alguno, importa un agravio a la garantía de la defensa en juicio (Corte Sup. Nac., 15 mayo 1968, "La Ley", t. 134, fallo 20.150-S).

No está de más reproducir —a los efectos de brindar un ejemplo normativo de la obligatoriedad de la prestación debida por el locatario— el art. 20 de dicho de cr. 6964/65 de la prov. de Bs. Aires: "Ningún profesional (se trata de los profesionales de la ingeniería y arquitectura) podrá, como incentivo para obtener otros beneficios, renunciar al cobro de los honorarios que fija este arancel, ni puede percibir sumas menores a las que en él se establecen" (art. 20, de cr. cit.). Sin embargo, el art. 25 del mismo texto legal arancelario admite, tratándose de la construcción de viviendas de reducida extensión, la libertad contractual ("El presente arancel —dispone dicha norma— no será de aplicación en las contrataciones referentes a viviendas familiares y 70 m² cubiertos, cuando constituyan la única propiedad del locatario de la obra. En estos casos, los honorarios por proyecto o dirección quedarán sujetos a la convención de las partes").

60. II. Aranceles profesionales.

Los aranceles profesionales constituyen un *mínimo* (o sea, un mínimo). Así, el abogado o el ingeniero puede pactar honorarios superiores a ese mínimo, pero no por debajo de él.

La ley arancelaria para abogados y procuradores en el orden nacional establece, en ese sentido, que "el monto de los honorarios que deban percibir los abogados y procuradores por su labor profesional efectuada en juicio o fuera de él", se determinará con arreglo a ese texto legal, "si no hubiere convenio por suma mayor"; se agrega que es ineficaz ("nulo") el "pacto o convenio sobre honorarios por una suma inferior" a la que fija el texto legal arancelario (art. 1º, decreto 30.439/44, ratificado por ley 13.997, modificada por ley 14.170).

Esa norma fue considerada en un importante fallo plenario de la Cám. Nac. Civil de la Capital. Las circunstancias de la especie judicial son éstas: un abogado había prometido desempeñar sus funciones de patrocinante de los herederos en una sucesión por determinada suma. Luego, se presenta ante el juez del sucesorio y sostiene que si bien él había contratado conviniendo un monto determinado de los honorarios, ello carecía de eficacia legal porque las leyes de aranceles son de orden público y no pueden dejarse de lado. Si se dejaban de lado sólo sería posible para el caso de superar el límite establecido por la ley, pero no para convenir una cantidad inferior. La ley arancelaria —ya se señaló— prohíbe toda renuncia.

Es algo similar a lo que ocurre con la convención colectiva de trabajo: puede contratarse más allá —en cuanto a los beneficios del obrero— que lo establecido en la convención de tarifa, pero no menos.

La decisión plenaria mencionada es la que recayó en el caso "Mijalovich, Juan y otro v. Nogueroel Armengol, José". Allí se estableció la doctrina de que la ley arancelaria atinente a abogados y procuradores impide hacer valer en juicio los convenios que impliquen una renuncia total o parcial a los derechos acordados a los profesionales. La decisión plenaria fue adoptada por mayoría de votos: 10 votos en el sentido de la nulidad y 9 votos en sentido adverso (Cárm. Nac. en pleno, 20 set. 1963, "La Ley", t. 112, p. 156, y "J. A.", 1963-IV, p. 165). La minoría del tribunal (v. voto del doctor VILLAS) sostuvo que era contrario a la buena fe contractual no brindar eficacia al pacto sobre honorarios inferiores al arancel. Este último, en cambio, rige en los casos en que no exista tal pacto. Esta doctrina fue, con razón, rechazada por la mayoría (v. voto del doctor Bonna). La ley arancelaria es imperativa. El convenio que se aparte de esa ley de orden público carece de eficacia (art. 21, C. C.). La disociación entre la fe a la palabra dada y el derecho a invocar una ley imperativa, no es un problema que pueda impedir la aplicación de esta última: atañe al profesional —y sólo a él— decidir si debe ceñirse a lo contratado o si debe ampararse en la ley arancelaria.

En verdad, el arancel se establece para evitar el "cambalecheo" profesional, o sea para impedir que un desordenado tráfico sobre honorarios lesione la función social de la profesión. Si se fija por un contrato un honorario inferior al establecido como mínimo por la ley, el abogado está cometiendo un acto doloso, pues obra con violación de la ley, sabiendo que tal desconocimiento de la ley imperativa se produce. Sin embargo, para que surja su responsabilidad aquiliana debe haber perjuicio (art. 1067). Quien paga honorarios según arancel, paga lo que debe. La ilicitud se da cuando el profesional obra con dolo o culpa y surge un perjuicio patrimonial o extrapatrimonial (moral).

En el caso, ese daño puede ocurrir si, a fin de afrontar la diferencia entre el honorario según arancel y el honorario pactado, se recurre al préstamo excesivamente oneroso, hay allí un perjuicio material, que debe ser indemnizado. Además, el Código Civil reformado brinda, en forma expresa, la posibilidad de reparar el daño moral derivado de un acto ilícito o del incumplimiento de un contrato (arts. 822, 1078, 1108, y derogación del art. 1108, todo conforme a la ley 17.711).

Quien se aparta de la ley arancelaria, renunciando a sus beneficios, celebra un contrato de objeto prohibido, o sea que cae bajo el ámbito de los arts. 1044 y 1045 que nos hablan de nulidad o de anulabilidad de los actos con objeto prohibido por la ley.

Repetimos que los aranceles constituyen un *mínus* y, por lo tanto, nada obsta a que se pacte un estipendio superior al establecido por la ley; pero nunca inferior a ese mínimo.

Sin embargo, durante un cierto tiempo hubo vacilaciones en los tribunales de la capital con motivo de convenios celebrados por abogados con sus patrocinados que implicaban honorarios inferiores a los fijados por el arancel; dichos profesionales luego alegaban la nulidad de los convenios e invocaban la ley arancelaria, como ley de orden público. Los habían celebrado con evidente mala fe y luego deducían la pretensión de nulidad con respecto a los contratos sobre los honorarios que presentaban las partes contrarias.

Varios fallos se determinaron por la validez de esos contratos, a pesar de implicar una violación de la ley arancelaria de orden público.

Esta posición se fundaba en la circunstancia de que la buena fe en materia de contratos quedaría conculcada si se anulaba el contrato, dándole las espaldas a esa buena fe-licitud e invocando, para ello, la ley de orden público arancelaria.

Las tesis opuestas sobre la validez y sobre la nulidad volvieron a enfrentarse en el fallo plenario ya enunciado, de la Cámara Nac. Civil de la Capital. Repetimos que la tesis que privó fue la de que el contrato que implique una renuncia total o parcial a los beneficios de la ley arancelaria, es un contrato nulo, por objeto prohibido.

No debe olvidarse que la ley arancelaria debe ser imperativa, es decir, de orden público, para que pueda así desempeñar su función de dique de contención en contra del charlatanismo profesional, que lleva a la competencia ruinosa y que puede ser causa de que el profesional liberal se vea impulsado a no desempeñar su actividad en función social. De esa lucha por los honorarios, la profesión liberal nada gana y se desprestigia. La ley de aranceles tiende a elevar el nivel profesional, evitando esa malsana competencia de precios. Hay, pues, un fin de orden público. Por ello, la ley es imperativa y los contratos no deben significar una renuncia a los derechos arancelarios. Lo que choca es la conducta del profesional, que en vez de iluminar la conciencia del cliente, lo engaña y suscribe un contrato que él sabe que es nulo. Actúa con dolo o, por lo menos, con una grave mala fe cercana al dolo.

Si bien ello es exacto, esa inconducta o torpeza no debe obstar a que se aplique la ley de orden público. Pero, probada la existencia del acto ilícito (dóloso o culposo), surge el deber resarcitorio del daño patrimonial y moral causado al locatario de los servicios o de la obra intelectual.

El daño patrimonial es difícil aprehenderlo, ya que al condenársele al cliente a pagar lo que la ley arancelaria ordena, no

existe tal daño, aun cuando también nos hemos referido al supuesto de que aparezca por la imprevista necesidad de ocurrir a un mutuo asaz oneroso.

En cuanto al daño moral, ello resulta más fácilmente concebible. La actitud maliciosa o culposa del profesional es apta para causar un dolor que debe ser objeto de reparación.

En síntesis: el contrato es nulo, pero puede existir un acto ilícito que origina el deber resarcitorio del perjuicio patrimonial o del daño moral. Probado el daño y el elemento subjetivo del acto ilícito, surge tal deber resarcitorio, que no obsta, sin embargo, a que se aplique la ley arancelaria.

Debemos concluir sobre este tema reproduciendo estas correctas consideraciones que contiene el voto del doctor Bowna en el fallo plenario varias veces mencionado: "Ninguna conciencia honrada puede dejar de sentir repugnancia por la conducta del letrado que para conseguir un asunto se compromete a cobrar un honorario menor que el fijado por la ley, haciendo la reserva mental de que en su momento se amparará en el arancel para violar la palabra dada" ("La Ley", t. 112, p. 160). Pero no cabe aseverar, en postura contraria, lo que también se expresa en ese voto: "Por lo demás, no hay que engañarse. Cuando el profesional acepta honorarios injustos y, en contra de lo que es su derecho, promete avenirse a una quita, es porque obra presionado por sus necesidades. Se encuentra en el trance de hacer la reducción que se le pide o perder el pleito. Vive de su profesión. Y entonces aceptará las exigencias de su cliente. Mal puede decirse que obra libremente. Quien procede con libertad obra de otra manera: promete verbalmente y se ajusta luego a su promesa si quiere y tiene honor. Desde el momento que se ha obligado por un documento contrario a sus derechos, es porque ha obrado bajo presión; bajo presión de un verdadero estado de necesidad" (rev. y loc. cita.).

Ese estado de necesidad no es tal: el profesional que viola su deber de consejo y de lealtad para con su cliente, no ilustrándolo sobre la invalidez del documento por el cual los honorarios se reducen, incurre en dolo y abdica de su elevada función social. Todo esto aun cuando se reconozca que, en ocasiones, la necesidad del profesional pueda impulsarlo a no cumplir con esos deberes; esa necesidad, sin embargo, no ofrece las notas de lo que priva de toda libertad al profesional.

41. III. Deudor de los honorarios médicos: la fijación de su monto y los aranceles profesionales.

Con respecto a quién asume la condición de deudor de los honorarios médicos, cabe formular estos distingos:

- a) Si se trata de una prestación que se efectúa a un paciente

que no se halla en condiciones de expresar su consentimiento con respecto al contrato de locación de servicios o de obra intelectual, todo debe quedar sometido a los principios del empleo útil y aun de la misma gestión de negocios ajenos (arts. 2288, 2289 y 2306).

b) Si quien requiere la atención del facultativo obra como jefe del hogar, la responsabilidad por los honorarios médicos sobre él recae, sin perjuicio de la acción del médico con respecto al patrimonio del enfermo.

c) Los arts. 5 y 6, ley 11.357, resultan de aplicación tratándose de las deudas por asistencia médica, en cuanto se está frente a una deuda del hogar, correspondiendo al médico la pretensión accionable en contra del cónyuge de aquel que para sí o para los hijos del matrimonio requirió esa asistencia médica (v.: Cám. 1ª Civ. y Com. Córdoba, 3 oct. 1961, Rep. "La Ley", t. XXIV, p. 752, núm. 2).

Con respecto al monto de los honorarios médicos y a lo que se desprende de los aranceles profesionales, debe tenerse presente el distingo entre el arancel oficial pero anticuado y aquel que no sólo tiene vigencia sino también eficacia normativa. El arancel anticuado puede originar una costumbre contra legem que la jurisprudencia debió reconocer. En otra ocasión hemos dicho: "Es interesante observar cómo el tiempo suele ser un factor de desuso de las normas, si es que no mediere la creadora función jurisprudencial. La ley envejecida y disonante con la realidad jurídica es adecuada, por medio de esa constante labor de la jurisprudencia, a las exigencias cambiantes de la sociedad. Hasta en las leyes que taxan honorarios, fijando valores que parecerían insusceptibles de esa tarea, la jurisprudencia posee una función que desempeñar: comprobar, a los efectos derogatorios, el desuso de esos aranceles" (Trat. de der. civil, vol. 1, p. 400, núm. 133, n. 36).

Con motivo de la profesión médica ello se observó, como también ocurriera con obsoletos aranceles notariales de su época, aun cuando no faltaban decisiones judiciales que, pretendiendo cerrar los ojos ante la vida del derecho, no vacilaban en aplicar aranceles que de hecho habían caducado, implicando un abuso del derecho exigir que se los aplicara (v.: Cám. Civ. 1ª Cap., 1 ag. 1945, "La Ley", t. 39, p. 797, y "J. A.", 1945-III, p. 334).

Pero en esta materia de regulación de honorarios médicos, no debemos olvidar que, como en todo supuesto de prestación de la actividad del profesional liberal que no se halla bajo subordinación jurídica inherente a la locación de servicios intelectuales, se trata de una locación de obra intelectual. Existe promesa de un resultado intelectual (asistencia del enfermo, realización de una intervención quirúrgica), sin que ello signifique la promesa del resultado mediato, o sea la curación del enfermo. Quiénes

entienden que se trata de una obligación de medios y no una obligación de resultado, confunden el resultado inmediato (en el caso, prestar la asistencia médica, practicar, conforme a las reglas del arte, la intervención quirúrgica) con el resultado mediano (la curación total o parcial del paciente). El profesional liberal promete aquél resultado y no el resultado final o mediano.

Los honorarios del médico deben, pues, fijarse conforme con esa esencia jurídica del contrato que lo vincula a su paciente: se está, lo repetimos, ante una locación de obra intelectual. De ello nos hemos ocupado en otra ocasión y corresponde formular el pertinente remisión (El médico como locador de obra y la fijación de sus honorarios, "J. A.", 1954-I, p. 169). Sólo nos resta expresar que la jurisprudencia adopta directivas flexibles para establecer el monto de los honorarios, en función de las circunstancias de cada especie, prestigio profesional, naturaleza, importancia, extensión de la labor del facultativo, patrimonio del paciente, etc., sin que se requiera la demostración exacta del número de visitas efectuadas al enfermo durante lapsos prolongados (v.: Cám. Nac. Civ. Cap., sala B, 13 nov. 1962, "La Ley", t. 110, p. 413; Cám. Ap. Rosario, sala II, 23 ag. 1962, Rep. "La Ley", t. XXV, p. 771, núm. 1). Como ejemplo de inconvincente afirmación de que es una obligación de medios la que asume el médico, para llegar a la exacta conclusión de que "no puede comprometerse a salvar al enfermo, v.: Cám. Nac. Civ. Cap., sala D, 18 nov. 1964, "La Ley", t. 116, p. 744.

42. IV. Honorarios del abogado y del procurador: derechos propios de estos profesionales.

Los honorarios de los abogados y procuradores en tareas judiciales y aun extrajudiciales, no sólo son objeto de regulación por medio de las leyes arancelarias que, como lo hemos indicado, asumen el carácter de textos imperativos, los cuales no admiten la renuncia parcial o total a sus beneficios, sino que también motivaron por parte de esas leyes locales la declaración de que tales honorarios, cuando han sido devengados en un proceso en el cual se han desempeñado en función de patrocinio letrado o de representación, constituyen un derecho propio (y no falta aquella ley, como la ley 5177 de la prov. de Bs. Aires que califica a esos honorarios de "propiedad" del profesional).

Es decir, no se trata de un crédito de la parte que ha triunfado, obteniendo que se condene a la otra parte litigante a pagar las costas del proceso, sino que esos honorarios atañen al abogado o al procurador "jure proprio" y no por una suerte de acción subrogatoria. Con ello se evita el inícuo resultado de que esos honorarios resulten materia embargable por parte de acreedo-

res del litigante triunfante o caigan bajo los efectos del desapro- pto inherente a la quiebra o al concurso de ese litigante.

Debe tenerse presente que los aranceles hacen depender el monto de los honorarios de diversas circunstancias (monto o cuantía del derecho litigioso o del haber sucesorio o de la pertinente hijuela hereditaria, especie de juicio —voluntario, contencioso, ejecutivo, ordinario, etc.—, sin perjuicio de tener presente la significación mayor o menor de la labor del profesional y de las dificultades de la cuestión debatida). Además, para tener presente algunas de esas circunstancias, suele establecerse un máximo y un mínimo en los porcentajes, o sea para que en el auto regulatorio resulte posible aprehender el valor doctrinal o profesional de la labor del abogado. También priva en las leyes arancelarias el sano criterio de que ese monto de los honorarios dependa en los juicios contenciosos de la circunstancia de haberse patrocinado a la parte que triunfó o a la que fue vencida: en alguna medida, es mayor el quantum del primero. Los honorarios del procurador suelen fijarse en una fracción del monto del honorario del abogado (v. gr., el 35 % o el 50 %). Los honorarios de alzada resultan ser, también, una fracción de los de 1ª instancia, v. gr., un 30 % de éstos. Las partes del juicio —demanda o responde, prueba, alegato, etc.— suelen considerarse en esas leyes arancelarias como fracciones del honorario total (v. gr., 30 % al presentar o contestar la demanda). Como se comprende, los honorarios constituyen una función de variables múltiples.

c) PRESCRIPCIÓN EN MATERIA DE HONORARIOS, SUELDOS Y SALARIOS.

43. I. Honorarios (prescripción de los).

En materia de honorarios se cuenta con una norma expresa del Código Civil que establece la prescripción bienal.

Con respecto "a los jueces árbitros, conjueces, abogados, procuradores y demás empleados en la administración de justicia", prescribe en dos años la obligación de pagar "sus honorarios o derechos", establece el art. 4032.

Sin embargo, ese plazo sufre una intervención (vale decir, una mutación), en cuanto la prescripción bienal se transforma en prescripción quinquenal. Así, nos dice la ley que el tiempo para la prescripción corre desde que terminó el pleito por sentencia o transacción o desde que cesó el poder o el patrocinio; y, en cuanto al pleito no terminado pero proseguido por el mismo abogado, el plazo será de cinco años desde que se devengaron los honorarios, si no hay convenio entre las partes sobre el tiempo del pago.

Vemos, entonces, que el plazo general es de dos años, desde que terminó el pleito por sentencia o transacción, o desde que

cesó el abogado en su ministerio o el procurador en su representación, o cuando medió caducidad o perención de la instancia, o desde que se rompe la relación entre abogado y cliente por sustitución o renuncia de aquél, o desde que el abogado cae en incapacidad o muere.

Como ya se advirtió, el plazo de dos años se intervierte en el de cinco años cuando sobrevienen ciertas circunstancias: que el pleito, pese a sus interrupciones (sin mediar perención de instancia), se continúe por el mismo profesional, tal como suele ocurrir en los juicios sucesorios sin contención. Desde que el abogado sigue actuando en esa sucesión, la cual prosigue, con esas soluciones de continuidad, tramitándose, no empieza a correr la prescripción de sus honorarios. Pero la prescripción comienza a correr en el caso de que la paralización tiene una duración de cinco años y no prosigue su sustanciación con su patrocinio (igual solución para el supuesto de los derechos procuratorios): en tal hipótesis, se aplica esa prescripción quinquenal.

Para los abogados y procuradores existe, además, otra interversión: se trata de los honorarios regulados, que tienen un plazo de prescripción de diez años. Los honorarios regulados constituyen el objeto del auto regulatorio, que es una sentencia, y como en la ley no se establece el plazo de prescripción de la acción juzgada (*actio iudicati*) o sentencia, rige entonces el artículo 4023, que fija el plazo ordinario de prescripción, o sea el de diez años (sin distinción entre ausentes o presentes, después de la reforma del año 1968, ya que antes regía la prescripción de diez años entre presentes y veinte entre ausentes).

Esta prescripción de diez años (*actio iudicati*) y la de dos años, rigen para todos los profesionales en general (escribanos, médicos y demás que ejercen el arte de curar, incluyéndose a los farmacéuticos; en tanto no proceda aplicar los preceptos de la ley mercantil para los últimos).

En cuanto a la prescripción de los honorarios de los peritos judiciales, la doctrina jurisprudencial hoy pacífica es la de que no cabe incluirlos entre los empleados de la administración judicial: son auxiliares judiciales pero no forman parte de los funcionarios judiciales. Por ello, sus honorarios implican un crédito que prescribe en el plazo ordinario decenal del art. 4023.

Con respecto a la prescripción bienal de los honorarios a los médicos se presenta el problema de determinar desde cuándo comienza a correr los dos años. Conviene formular un distinción entre prestaciones médicas continuas y prestaciones no continuas. En las primeras (v. gr., enfermedades crónicas) hay que atenderse al derecho consuetudinario y éste, según el art. 17 del nuevo Código Civil, rige toda materia no reglada por la ley, o sea en los supuestos de lagunas de la ley (v.: JORGE A. CARRANZA, "Rev. Der. del Trabajo", 1969, p. 437, tex. y n. 2; HÉCTOR CÁMARA,

"Rev. Der. Com. y Oblig.", 1969, p. 386). La costumbre consiste en que el médico que se desempeña como facultativo del núcleo familiar, haga llegar sus cuentas por honorarios —tratándose de una asistencia continuada— al final del año o cada seis meses. En ese supuesto —médico de la familia— la prescripción comienza a correr desde que concluye —según lo que es usual— el año o el semestre durante el cual presta su asistencia facultativa. En los demás supuestos —médico que no es de la familia, o que si bien lo es, sólo en actividades no continuadas—, el plazo comienza a correr desde que concluye la atención del profesional (como en el supuesto de la enfermedad aguda). En el caso de una intervención quirúrgica, el plazo comenzará a correr a partir desde el momento en que concluye el posoperatorio.

En resumen, de lo expuesto con relación a la prescripción de la obligación de pagar los honorarios profesionales corresponde expresar lo siguiente:

a) En cuanto a los honorarios de abogados y procuradores la prescripción es la bienal, salvo en estos supuestos:

1. En los casos de que se trate de honorarios regulados judicialmente, porque entonces rige la prescripción ordinaria del art. 4023, es decir, la decenal.

2. En los supuestos de que se trate de una obra intelectual extrajudicial: el abogado o procurador, al actuar como locador de obra intelectual y no como locador de servicios, tiene derecho al precio de esa obra y se llega a sostener que, al no existir un plazo legal que prevea una prescripción menor, sólo prescribe en el plazo decenal ordinario. Nuestra jurisprudencia no es, sin embargo, pacífica sobre ello, y también nosotros creemos que debe aplicarse el art. 4032.

3. Cuando el abogado actúe como juez árbitro o arbitrador (amigable componedor) o como cojuex, los honorarios que le corresponden caen bajo los efectos de la prescripción bienal del art. 4032, salvo que medie regulación, porque entonces ya dijimos que, al existir acción juzgada (*actio iudicata*), la prescripción aplicable es la decenal.

4. Si el abogado o procurador le atañen honorarios en pleito no terminado, sin haber cesado su patrocinio o representación, se intervierte la prescripción bienal en prescripción quinquenal, la cual corre desde que se prestó la última actividad profesional y siempre que no se hubieran vuelto a efectuar prestaciones profesionales después que vencieron los cinco años. Si aun habiendo transcurrido los cinco años, el abogado o procurador reanuda su actividad profesional en ese pleito no terminado, entonces la prescripción quinquenal comienza a correr desde que, en definitiva, cesa la intervención del profesional, cualquiera que sea

el plazo transcurrido entre la última intervención y el anterior acto de ejercicio profesional (v. nuestro *Treat. de der. civil*, vol. 10, núm. 2249).

5. La prescripción para el honorario regulado rige en el supuesto de que la regulación se practicó en concepto de costas, o bien cuando la regulación se produjo en procedimiento de ejecución que concluyó con sentencia de condena. Si no medió condena sobre el derecho a exigir su pago a parte determinada del juicio, la regulación sólo tiene la autoridad de cosa juzgada en cuanto a su monto, pero no en lo atinente al obligado; en ese supuesto, la prescripción bienal es la que rige; pero el pedido de regulación tiene el efecto interruptivo que surge del art. 3986.

b) Esa prescripción de los honorarios del abogado o procurador corre desde estos hechos:

1. Desde que feneció el pleito mediante sentencia definitiva e irrecurrible notificada al abogado y al procurador. Si medió recurso extraordinario (art. 14, ley 48), desde que se notificó la decisión de la Corte Sup. Nacional si no medió reenvío al tribunal inferior. Si existe ejecución de sentencia, la prescripción corre cuando concluya ese procedimiento, si el profesional interviene en él.

2. Desde la notificación al profesional del desistimiento o renuncia de instancia declarada, o de la transacción que confluje el pleito (no siendo suficiente su presentación al juicio o, en su caso, su homologación).

3. Desde que se notificó —judicial o extrajudicialmente— al procurador la revocación de su mandato.

4. Desde que renunció el abogado o desde que lo hizo el procurador o desde que, con posterioridad a la renuncia, cesó de actuar en el juicio (la renuncia del procurador impone la observancia de las normas procesales que brindan un lapso al mandatario para que tome intervención en el proceso, bajo apercibimiento de que produzca efecto esa renuncia).

5. La muerte o incapacidad del abogado o procurador implica el comienzo de la prescripción del art. 4032, si el profesional intervino hasta que ocurrió uno de esos hechos.

c) En lo atinente a los peritos o expertos judiciales, el honorario prescribe en el plazo ordinario del art. 4023 (Cáms. Cív. Cap., en pleno, 27 oct. 1937, "J. A.", t. 60, p. 189, y "La Ley", t. 8, p. 389; Corte Sup. Nac., 29 nov. 1957, "J. A.", 1958-II, p. 170).

d) Los honorarios del escribano, que actúa como tal oficial público, quedan sometidos a la prescripción bienal del art. 4032, comprendiendo también los honorarios por "certificaciones" administrativas; los honorarios por gestiones como mandatario o

locador de obra intelectual separables de la función notarial quedan sometidos a la prescripción ordinaria decenal. A esta última prescripción decenal queda sometida la pretensión de responsabilidad contractual del escribano.

e) Los honorarios del agente de negocios prescriben en el plazo bienal siempre que no sean atinentes a actos de comercio (corredor mercantil, comisionista), ni se esté ante un mandato civil o comercial, o con tal que no se trate de una locación de servicios o una intermediación no profesional. Se aplica, en cambio, a la administración sin mandato de propiedades, a la obtención de "firmas" para contar con la conformidad de vecinos para celebrar contratos de pavimentación de calles, etc. (v. nuestro *Trat. de der. civil*, vol. 10, núm. 2252).

f) Los honorarios médicos se rigen por la prescripción bienal siempre que se trate de locación de obra intelectual. Si media contrato de trabajo intelectual, la prescripción quedaba sometida —como acto de comercio— al art. 847, inc. 2, C. Com., o sea, a la prescripción de cuatro años, pero ello antes de la sanción de la ley 17.708, prom. el 19 de abril de 1968 (v. "An. Leg. Arg.", t. XXV-III, p. 250), que establece la prescripción bienal para las pretensiones fundadas en los contratos individuales de trabajo (v. *infra*, núm. 44). Hoy, por lo tanto, los honorarios médicos —se trate de locación de obra intelectual o de locación de servicios intelectuales— quedan sometidos a la prescripción de dos años.

El comienzo de la prescripción de los honorarios médicos depende de que las prestaciones sean o no continuadas. Si no son continuadas, la prescripción corre desde que se dé cumplimiento a la asistencia facultativa. Si los actos de asistencia médica son continuados se debe formular otro distingo: se aplica el derecho consuetudinario de un plazo implícito para presentar la cuenta de honorarios, tratándose del médico que atiende comúnmente al núcleo familiar; si ese supuesto no se presenta, la prescripción corre desde que los actos de asistencia facultativa dejaron de prestarse (v. nuestro *Trat. de der. civil*, vol. 10, núm. 2253). Todas las veces que medió ajuste de cuentas, rige la prescripción ordinaria, conforme a lo que surge de los arts. 4023 y 4036.

44. II. Sueldos y salarios (prescripción de los).

El art. 4035 previó la prescripción anual del salario, trabajo o hechura inherente a "los jornaleros y oficiales mecánicos", o "criados de servicio que se ajusten por año, o menos tiempo".

Al referirse ese texto a los oficiales mecánicos y jornaleros, así como al "precio de sus hechuras", hay que anotar que no debe tratarse de un locador de obra material, sino de un locador

de servicios. Por modesta que sea la hechura, si es un locador de obra material, la prescripción que rige es la ordinaria decenal del derecho comercial (art. 846, C. Com.). Así, si se lleva un automóvil a un taller mecánico y se repara el vehículo, allí habrá una locación de obra, ya que el titular de esa empresa no es un subordinado y el precio de su obra material prescribirá, como en todo supuesto de acto mercantil que no tenga un plazo previsto, en los referidos diez años. En cuanto al inciso que habla de los criados de servicio, jornaleros y oficiales mecánicos, había que hacer, en el sistema del C. Civil y antes de la sanción de la ley a la cual nos hemos de referir, un distingo.

Para los jornaleros, en el caso de que el patrón sea un comerciante, regía el C. de Comercio, el cual establecía una prescripción especial de 4 años para esta materia (art. 847, inc. 2º, Cód. Com.).

Para los criados de servicio, debía la retribución ser anual o por plazo menor y no implicar funciones inherentes al secretario, administrador de estancia, ama de llaves, institutriz, etc.

Al maestro de ciencias y artes le atañe un estipendio que, según el C. Civil, prescribe en un año (art. 4035, inc. 3º). Pero si la retribución no es mensual, rige la prescripción quinquenal del art. 4027, inc. 3º, siempre que la retribución sea por trimestre, por semestre o por año. Si la retribución debe abomarse en período superior al año, la prescripción ordinaria resulta aplicable.

Pero todo ese régimen legal ha recibido una innovación en el año 1968, tratándose del contrato de trabajo. Hemos indicado (v. supra, núm. 43) que la ley 17.708 establece que la prescripción para el contrato de trabajo resulta ser la bial. En este sentido, determina: "Prescriben a los dos años las acciones relativas a créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo y, en general, de disposiciones de convenios colectivos, laudos con eficacia de convenios colectivos y disposiciones legales o reglamentarias del Derecho del Trabajo". La 2ª parte de este art. 1º de la citada ley determina que tal norma "tiene carácter de orden público y no puede ser modificada por convenciones individuales o colectivas". El art. 2º de esa ley añade que, sin perjuicio de "la aplicabilidad de las normas del Código Civil, la reclamación ante la autoridad administrativa del trabajo interrumpirá el curso de la prescripción durante el trámite, pero en ningún caso por un lapso mayor de seis meses".

Debemos comenzar por señalar que la ley de reformas al Código Civil ha previsto una causal de suspensión de toda prescripción liberatoria o extintiva mediante requerimiento extrajudicial pero auténtico de cumplimiento. El art. 3986, en este sentido establece que esa suspensión se produce, por una sola vez, por la constitución en mora del deudor efectuada en forma auténtica; pero tal suspensión tiene efecto durante un año o el tér-

mino menor que pudiere corresponder a la prescripción de la acción. En el art. 3986 citado se requiere —lo repetimos— que la constitución en mora resulte tal por medio o forma auténtica (v. gr., por acta notarial, por telegrama colacionado y recomendado o certificado).

En el caso de los sueldos y salarios y demás créditos que provengan de una relación jurídica, la prescripción se interrumpe (más correctamente, "se suspende") por gestión administrativa durante un lapso no superior a seis meses, pero se suspende mediante la constitución en mora por un plazo de un año, ya que la prescripción ocurre a los dos años (arts. 1 y 2, ley 17.709, y art. 3986, C. C., ref. leyes 17.711 y 17.940).

Debemos señalar que la suspensión de la prescripción durante ese plazo máximo de seis meses exige que la reclamación se efectúe ante "la autoridad administrativa del trabajo" y en la exposición de motivos de la ley 17.709 se aclara que debe tratarse de la autoridad con competencia general para intervenir en las relaciones laborales, acordándose que tienen tal competencia la Secretaría de Estado de Trabajo de la Nación y los organismos similares en las provincias. Pero con el instituto de la suspensión del curso de la prescripción liberatoria o extintiva por la simple interrelación extrajudicial aunque en forma auténtica, pierde buena parte de eficacia el art. 2 de la ley 17.709, ya que resulta un lapso más amplio. Repetimos que la ley 17.940 ha aclarado que no se trata de interrupción (que torna sin consecuencias el plazo transcurrido con anterioridad, conforme a lo indicado en el art. 3988) sino de suspensión (de acuerdo con lo establecido en el art. 3983).

Conviene advertir que el art. 1, ley 17.709, no sólo comprende el supuesto de créditos por sueldos o salarios, sino toda prestación fundada en el contrato individual de trabajo y en las convenciones colectivas, laudos con eficacia normativa inherente a la convención colectiva, disposiciones legales (incluso las reglamentarias) propias del derecho del trabajo. Debe señalarse que la ley de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales 9688, modif. por la ley 15.448 del año 1960, también establece la prescripción de dos años a contar del día en que sobrevino el hecho generador de la responsabilidad, que ocasiona dificultades en relación a la enfermedad-accidente (v. nuestro comentario jurisprudencial: *La enfermedad-accidente según la ley 9688*, "J. A.", 1942-III, p. 758, sobre el concepto de esta última).

También es útil observar que la ley 16.576, del año 1964, estableció que los recibos de pago otorgados por el dependiente "deberán ser archivados por el empleador y conservados durante el plazo correspondiente a la prescripción liberatoria" (art. 4, ley cit.); añade el art. 1 de la ley 16.577, sancionada el mismo año 1964, que "quedará expedita al trabajador la acción para

reclamar el pago de la diferencia que (en concepto de remuneraciones, indemnizaciones, etc.) correspondiere por todo el término de la prescripción”.

La prescripción bienal establecida por el art. 1 de la ley 17.709 no se aplica a la materia reglada por el Derecho de Previsión Social, ya que como se desprende de ese precepto, se refiere a las acciones fundadas en el Derecho del Trabajo. Lo atinente a jubilaciones y pensiones escapa al ámbito de aplicación, por lo tanto, de dicho precepto. Las indemnizaciones por enfermedades inculpables o por muerte, previstas en los arts. 155 y 157, inc. 8º, C. Com., ref. por ley 11.723, quedan sometidas a la prescripción bienal que consideramos, porque no se trata de un supuesto típico de previsión social, como también procede aseverarlo —en cuanto a que debe aplicarse esa prescripción bienal— a las prestaciones sobre asignaciones familiares (decretos-leyes 7913/57 y 7914/57), ley 18.017 y decretos 8620/68 y 3682/69) o relativas al seguro social de maternidad (ley 11.933). (Al respecto, v.: *JUAN D. RAMÍREZ GARCÍA, La prescripción de las acciones en materia laboral*, “Rev. Der. del Trabajo”, año 1968, p. 329, III).

Corresponde, finalmente, preguntarse —una vez más— si el sistema derivado del C. C. y del C. Com. en materia de prescripción de las acciones emergentes del contrato de trabajo queda derogado por la ley 17.709. Se ha expresado que “las meras locaciones de servicios” regladas por los arts. 1623 y ss. C. C., “que no importan, técnicamente, “contratos de trabajo”, podría no comprender las “relaciones” de trabajo subsumidas en el art. 1 de la ley referida (*RAMÍREZ GARCÍA, estudio cit., rev. y loc. cit., IV*). Nuestro punto de vista es que esa ley 17.709 comprende todo crédito “laboral”, se trate de contrato de trabajo reglado por el C. C., por el C. Com., o por leyes que integran el derecho del trabajo, incluyéndose ese derecho objetivo que emerge de las convenciones colectivas del trabajo. En la exposición de motivos se hace referencia a la prescripción de la indemnización por ruptura del contrato de trabajo en razón de despido, y ello tanto abarca el contrato de trabajo material como el contrato de trabajo intelectual. Por ello, insistimos en expresar que la ley 17.709 ha derogado las disposiciones, que por aplicación de los Códigos Civil y Comercial conducían a establecer, en ocasiones, el plazo de prescripción, ya no en el término de un año del art. 4035, incs. 3º y 5º, C. C., sino en el plazo de cinco años relativo a lo que debe pagarse por años o por plazos periódicos más cortos (art. 4037, inc. 3º, C. C.), o bien, tratándose de actos de comercio, a la prescripción de cuatro años establecida en el art. 847, inc. 2º, C. Com. (v. nuestro *Trat. de der. civil*, vol. 10, núm. 2239, tex. y n. 232, y núm. 2263, tex. y n. 531). Todas estas distinciones —aptas para sembrar la imprecisión en una materia que exige la mayor deter-

minación normativa posible— ya no pueden mantenerse ante lo comprensivo del art. 1, ley 17.709, que se aplica a todo contrato de trabajo —material o intelectual—, de derecho terrestre o aun de derecho marítimo (quedando, pues, derogado el art. 833, C. Com., que establece la prescripción anual para las acciones derivadas del contrato de ajuste marítimo, disposición que no innovó la ley 17.371 sobre trabajo marítimo).

§ 7. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL LOCADOR

a) CARÁCTER DE OBLIGACIÓN DE MEDIOS

45. El supuesto de la locación de obra intelectual y la obligación de resultado.

Ya hemos hablado sobre la esencia de dicha obligación del locador de los servicios y dijimos, en su momento, que se trataba de una obligación de medios, vale decir, de general prudencia y diligencia.

El locador de servicios no se compromete a alcanzar un resultado material o intelectual, sino que ofrece su fuerza de trabajo material o intelectual en dirección a un resultado de esa especie, pero no el resultado en sí. Sobre todo ello remitimos a lo que llevamos expresado *supra*, núm. 21.

b) OBLIGACIÓN DE CONSEJO Y DE SECRETO PROFESIONAL.

46. Concepto y alcance de los mismos.

Hay dos obligaciones fundamentales, tanto para el locador de servicio intelectual, como para el locador de obra intelectual. Una, es el deber de consejo profesional y otra, es la obligación de secreto profesional.

Pero existe esa obligación del secreto profesional, aun tratándose del locador de servicios materiales. Resalta ese deber de secreto, fundamentalmente, en el médico, sobre el cual pesa, como deber esencial, el de guardar el secreto profesional, lo que descansa en una idea de primer orden: no alterar la paz individual y social. Pero ese deber de secreto también resulta esencial tratándose de toda profesión liberal, como en la ejercida por el abogado, el procurador, el notario, etc. La paz de las familias, el derecho a la reserva individual (el *right of privacy* de la doctrina norteamericana), el secreto aun en el ámbito industrial y mercantil, deben ser objeto de tutela legal.

En la legislación alfoncina, es decir, en las Partidas, se penaba severamente la revelación del secreto profesional por los abogados (Part. 3ª, tít. 6, ley 9, 10 y 15; Part. 7ª, tít. 16, ley 11). Lo mismo cabe decir con respecto a la Novísima Recopilación

(lib. 5, tít. 22, ley 12; v.: CUELLO CALÓN, *El nuevo Cód. Penal español*, lib. II, parte I, p. 336).

Debemos entender por deber de secreto la obligación —de alcance jurídico y no sólo ético— de mantener la reserva de cualquier hecho cuya divulgación o revelación tenga la aptitud de ocasionar un daño patrimonial o moral, sea a la persona que confió ese secreto, sea a un tercero. Ese deber, tratándose del locador de obra intelectual o del locador de servicios intelectuales, o aun del mismo obrero o locador de servicios materiales, forma parte de las obligaciones del locador que emergen del contrato de obra o de trabajo. Nada más artificioso que hablar de contrato innominado o atípico del cual se desprendería el deber de secreto, o aun de un supuesto de contrato de depósito con ese consistente deber de reserva (arg. art. 2307). No es necesario un acuerdo expreso o implícito sobre ello. El pacto de reserva no resulta necesario: de la esencia jurídica del contrato de locación de servicios y de obra —intelectual o material— deriva el deber de secreto, como también puede ocurrir con otras figuras contractuales, como en materia de mandato, sociedad y depósito. En el caso de las profesiones liberales, que requieren una relación de confianza entre el profesional y el cliente, el deber jurídico de observar el secreto profesional no sólo descansa en la protección del derecho personalísimo a la reserva, sino hasta en el interés público. Esto último lo ponía de manifiesto CASARA cuando aseveraba que el paciente podría llegar a abstenerse de la curación por temor a la publicidad, y todo esto con peligro para sí. Lo cierto es que la intimidad quedaría lesionada y aun en el mundo de los negocios (reserva de procesos industriales, de situaciones patrimoniales, de secretos de fabricación, etc.) sufriría por la inobservancia del secreto profesional, operario, etc. Pero, en todo supuesto, no debemos olvidar que el fundamento prevalente del deber de secreto radica en consideraciones o valoraciones éticas de primer orden.

En el abogado, el deber de observar el secreto profesional resulta ser una obligación que comprende los más dilatados ámbitos, sea como deber frente al cliente o patrocinado, sea frente al colega. Como ejemplo del alcance de ese deber, cabe recordar la respuesta recordada por GARDENAT, que brindó el Consejo de Disciplina de Caen a la consulta que efectuara en 1915 el abogado Henri Robert. En esa respuesta se expresa que, informado el profesional confidencialmente del propósito del cliente de cometer un crimen, el abogado no debe denunciarlo, ni aun prevenir a la persona amenazada. Sólo debe tratar de disuadir a su cliente, haciendo todo lo que de él dependa en ese sentido, pero siempre sin violar el secreto profesional. Puede pensarse que resulta desmesurado el alcance que en ese caso se brinda al secreto profesional del abogado; pero no cabe dudar que constituye ese antece-

dente un valioso ejemplo del vigor con que debe aprehenderse el secreto profesional, porque con ello se halla interesada la sociedad misma y no sólo el legítimo interés del cliente de que no se revele lo que forma parte de su fuero íntimo.

Nuestro C. Pen., en su art. 156, reprime a aquel que "teniendo noticia por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación puede causar daño, lo revelare sin justa causa". Difícil es brindar un contenido rígido a la directiva flexible de la "justa causa"; pero, sin duda, la regla genérica es de que resulta una felonía revelar un secreto: el interés a la reserva, a la intimidad, es superior al mismo interés de la justicia, debemos decirlo con BACALLANT (v.: Eusebio Gómez, *Treat. de der. penal*, t. III, p. 440).

En materia de la profesión médica, el art. 165, C. Pr. Crim., impone al facultativo el deber de denunciar los atentados personales sufridos por las personas a quienes prestaron socorro; pero el art. 167 del mismo C. Pr. Crim., establece la excepción de que el médico hubiera tenido noticia del delito "por revelaciones hechas bajo secreto profesional". Debe, pues, mediar justa causa para no observar el secreto y ella no radica en la conciencia individual del profesional (v., por el contrario: fallos publicados en "J. A.", t. 10, p. 247; "El Derecho", t. 2, p. 184), ni mucho menos en un interés patrimonial (v. en cambio: fallo públic. en "G. del P.", t. 55, p. 172, en cuanto se declara admisible violar el secreto para fundamentar una regulación de honorarios).

Conviene recordar que el art. 100, C. Com., impone al corredor observar rigurosamente el secreto en todo lo concerniente a las negociaciones que se le encargan, y sólo en virtud de mandato de autoridad competente podrá atestiguar sobre lo que oyó o vio relativamente a esas negociaciones (art. 94, C. Com.). Pero este precepto debe concordarse con las normas penales implicadas y entender que sólo con justa causa puede el secreto revelarse en la declaración testimonial (v. el valioso comentario de CARLOS J. ZAVALA RODRIGUEZ, *Cód. de Comercio coment.*, t. I, p. 142).

Para que se comprenda toda la precaución que el legislador ha tenido, a fin de que no se lesione el deber de secreto profesional, conviene tener presente que el art. 275, C. Pr. Crim. Cap., prohíbe admitir como testigo al abogado o procurador "cuando se trate de hechos o circunstancias de que hayan tenido conocimiento por las revelaciones hechas por sus clientes en el ejercicio de su respectivo ministerio" (inc. 4º). Además, prohíbe admitir como testigo a "los médicos, farmacéuticos, parteras y toda otra persona, sobre los hechos que por razón de su profesión les hayan sido revelados" (inc. 5º). Tampoco resulta admisible como testigo el defensor del inculpaado sobre aquello que en tal calidad se le haya confiado (inc. 3º). La obligación de secreto la extiende

ese notable art. 275, C. Pr. Crim. Cap., tan valioso en cuanto mantiene la incolumidad de la tabla de valores sociales y éticos sobre los cuales descansa un deber esencial para amparar la paz de la familia, el ámbito de íntima vida y hasta los mismos intereses políticos y económicos, a lo revelado en la confesión hecha a los eclesiásticos (inc. 1^ª) y al secreto conocido por los militares y funcionarios públicos "por razón de su estado o cargo, a menos que fuesen desligados de su obligación por sus superiores" (inc. 2^ª).

Ese deber de secreto tiene como una suerte de "correspondiente" en el deber de consejo que recae sobre el profesional con respecto a su cliente. Así, sobre el arquitecto recae tal deber en materias diversas, como en la afínente al sistema de ejecución de obra, al presupuesto a aceptar, a la solución arquitectónica a escoger, etc. Ese deber, si es violado, hace surgir una responsabilidad profesional por el daño material o moral ocasionado. Sin perjuicio de ello, hasta el deber de consejo puede transformarse en una obligación de resultado, como en el caso de que el arquitecto, en carácter de proyectista y director de obra, asuma la garantía de que el precio de la obra contratada con un locador de obra material a coste y costas, no excederá de determinada cantidad.

En ocasiones, el deber de consejo puede hallarse en colisión con el deber de secreto del profesional. La pregunta es la de saber qué jerarquía de valores tienen ambos deberes profesionales. Por ej., el escribano "A" sabe que "B" —que es su cliente— se halla en pésima situación económica o que resulta ser un deudor incumpliente, y ello lo sabe por su función notarial y aun por lo que se le ha revelado como secreto profesional; ese mismo escribano, frente a otro cliente "C", quien pretende contratar con "B", tendría el deber de aconsejarle que se abstenga de ello, ya que este último es incumpliente; no obstante, si para ello debe violar el deber de secreto, entendemos que el notario "A" debe abstenerse de cumplir con su deber de consejo, porque los valores inherentes al deber de secreto ocupan un lugar más elevado en la escala axiológica de valores que deben guiar la conducta notarial.

c) COLABORACIÓN ENTRE PROFESIONAL Y CLIENTE

47. La cuestión en las profesiones relativas a la abogacía y a la medicina; el consentimiento del cliente.

El contrato de locación de servicios intelectual y el de locación de obra intelectual, imponen un deber de colaboración entre ambos contratantes. En materia de relaciones contractuales entre abogado y patrocinado, ello se observa, sin duda alguna, en cuanto el deber de recíproca lealtad y probidad asume singular relevancia. Si el patrocinado no presenta a su patrocinante los hechos

con toda su realidad, si oculta situaciones y circunstancias de significación, entonces viola un deber jurídico. Si, a su vez, el abogado no dedica a su prometida fuerza de trabajo intelectual o a su obra intelectual a que se obligó como resultado, toda la atención, lealtad y probidad que su profesión le impone, también viola un deber jurídico; pero este deber jurídico supone también aquella leal colaboración del patrocinado. Las leyes procesales han establecido hasta un deber de lealtad entre las partes litigantes y entre los respectivos abogados patrocinantes, imponiendo sanciones civiles, en caso de litis temeraria, no sólo a la parte litigante que actuó sin lealtad o probidad procesal, sino también al abogado que procedió desconociendo ese deber que impone un juego limpio —“fair play”— en la lucha litigiosa. Esas sanciones civiles pueden ser severas y comprende al letrado patrocinante.

En el ámbito de las relaciones entre el médico y su paciente, debe tenerse en cuenta que la asistencia facultativa depende del consentimiento del cliente (no tratándose del supuesto de asistencia preventiva como medio de cumplir fines inherentes al poder de policía, como en los supuestos de vacunación coercitiva). Ello se observa, aún más, en los supuestos de intervenciones quirúrgicas que implican mutilación, extracción de órganos, etc. El derecho consuetudinario —que tiene vigencia positiva conforme al art. 17 (ref. ley 17.711)— admite que, si el paciente no se halla en condiciones de prestar su consentimiento, éste lo presta el núcleo familiar o jefe de la familia.

En lo atinente a la disposición del propio cuerpo, debemos entender que el contrato respectivo no puede ofender el objetivo social. La donación de órganos o el “legado” de órganos, destinados a formar “bancos” de tales órganos, o de sangre, o de huesos, etc., en cuanto no conlleve una contraprestación —tratándose de contratos— o una carga en el supuesto de donación o legado, en todos esos casos de orden patrimonial, no entendemos que halla obstáculo en nuestro derecho positivo. Finalmente, no está de más que señalemos que no falta el antecedente jurisprudencial que declaró de objeto lícito la “venta” que el dador de sangre efectúa a los efectos de trasfusiones (v. nuestro *Trat. de der. civil*, vol. 7, núm. 1830, n. 105, y fallo Cám. 1.ª La Plata, 18 ag. 1950, “J. A.”, 1951-1, p. 117).

En cuanto al consentimiento del enfermo, bien se ha aseverado que se debe entender “un consentimiento detallado y previo acerca de las consecuencias de la intervención de que se trata” y “la operación efectuada sin el cumplimiento de estas condiciones daría lugar a la responsabilidad civil (e incluso penal) del cirujano” (JUAN CARLOS SUAREZ, *Der. civil*, t. 1, vol. 1, p. 218). Este autor nos asevera que la ley francesa del 7 de julio de 1949 admite una solución por la cual es legítimo “el legado de los ojos para permitir el trasplante de la córnea”.

d) RESPONSABILIDAD PROFESIONAL.

48. Su esencia jurídica; la responsabilidad extracontractual; la cuestión tratándose del abogado, médico, notario, etc.

En el ejercicio de su profesión liberal, el abogado, médico, notario, etc., compromete su responsabilidad contractual. Si se trata de un locador de servicios, se está ante una obligación de medios; por el contrario, si se trata de un locador de obra intelectual, se está ante una obligación de resultado. En el primer caso se impone la prueba de la culpa o dolo para que surja la responsabilidad contractual; en el otro, es suficiente no haber obtenido el resultado inmediato prometido (no el resultado mediato, como la curación del enfermo, o el triunfo en el litigio, lo cual no puede ser materia de convención) para que no corresponda el pago del precio de la obra y para que proceda la reparación de los daños y perjuicios contractuales.

Debe, sin embargo, admitirse que, sea en uno como en otro supuesto, el abogado, el médico, el notario, en cuanto a estos daños y perjuicios, no promete sino una fuerza intelectual o una obra intelectual que esté de acuerdo con las reglas del arte o de la disciplina científica de que se trate. La responsabilidad extracontractual o aquiliana puede surgir, en el supuesto de que el contrato sea el medio o la ocasión para que el acto ilícito se cometa, se trate del acto ilícito doloso o del acto ilícito culposo. No existe acumulación de responsabilidades de distinta esencia jurídica, sino de supuestos jurídicos que deben mantenerse separados. Así, la misma responsabilidad presumida y aun la responsabilidad objetiva del dueño o guardián de la cosa dañosa (art. 1113, ref. ley 17.711) puede aparecer con motivo del cumplimiento de un contrato de locación de obra intelectual (v. gr., daño ocasionado por el médico con sus instrumentos usados en la intervención quirúrgica, perjuicios causados por el ingeniero que construye como locador de obra intelectual y locador de obra material, tratándose de daños derivados de cosas sobre las cuales tiene su guarda o aun su dominio, como máquinas destinadas a la ejecución de obras viales, edilicias, etc.).

La responsabilidad del notario, como locador de obra intelectual, por errores a él imputables que anulan el instrumento público, o que tornen ineficaz al instrumento notarial frente a terceros, es de esencia jurídica contractual, al sobrevenir en ocasión o con motivo del cumplimiento de la función notarial. (Sobre ello reenviamos a nuestro estudio: *Responsabilidad del escribano y naturaleza jurídica de sus funciones*, en "Rev. Notarial del Colegio de Escribanos de la Prov. de Bs. Aires", núm. 739).

Todo intento de establecer directivas que impliquen una suerte de derecho singular en tema de responsabilidad profesional, debe estimarse como no congruente con nuestro derecho po-

sitivo. Así, no procede aseverar que la responsabilidad médica sólo existe en el supuesto de culpa grave cercana al dolo; la imprudencia o negligencia del facultativo, que no guarden armonía con las reglas del arte, compromete su responsabilidad. Esto, con la advertencia de que, aun en el supuesto de mediar una obligación de resultado en el sentido que ya se explicó, siempre debemos aplicar las directivas del art. 512 en lo atinente a la responsabilidad profesional en casos de daños a la persona del cliente (comp.: Cám. Nac. Civ. Cap., sala C, 12 jun. 1964, "La Ley", t. 115, folio 52.247, donde se asevera que se trata de obligación de medios y no de resultado, sin formular las necesarias distinciones cuando el profesional actúa como locador de obra intelectual entre la obra prometida, que significa obligación de resultado, y los daños ocasionados al cliente por la inobservancia de los deberes de general diligencia y prudencia, que conlleva el desconocimiento de una obligación de medios).

§ 8. CONCLUSION DEL CONTRATO

a) CAUSAS

49. *Mutuo disenso: muerte del locador de los servicios.*

La terminación del contrato puede producirse, entre otras causas, por el mutuo disenso. Las partes de común acuerdo resuelven poner fin a sus relaciones laborales y el contrato queda extinguido sin ninguna obligación de indemnizar por preaviso o despido.

La muerte del trabajador también pone fin al contrato y éste es un caso típico de fuerza mayor.

La ley 11.729, que atañe a empleados y obreros de comercio e industria, establece que el principal tiene obligación de pagar a la familia del trabajador fallecido, una indemnización igual a la que le hubiera correspondido por despido.

Tiene derecho a ella el cónyuge y los descendientes según el orden establecido en el Cód. Civil; pero los descendientes, cuando sean menores de edad o cuando están incapacitados para el trabajo, cualquiera sea su edad.

A falta de estos parientes, serán beneficiados los hermanos menores que vivan bajo su amparo.

La muerte del empleador no produce extinción de la relación laboral. La obligación de pagar se trasmite a los herederos. Pero hay algunas excepciones y ellas corresponden a los supuestos en los cuales la naturaleza de los servicios que recibe el empleador es tal que, desaparecido el mismo, deja de tener sentido el contrato. Ej.: servicio doméstico, secretaría privada, etc.

b) SERVICIO POR TIEMPO INDETERMINADO

50. La cuestión en derecho civil y mercantil.

Mientras en derecho civil cualquiera de las partes puede hacer cesar la relación laboral, en todo tiempo, y en cuanto no medie conducta antifuncional (art. 1071), por el contrario, en derecho comercial (ley 11.729) la obligación del preaviso tanto pesa sobre el principal como sobre el subordinado, so pena de indemnización. Además, en el segundo rige la indemnización allí prevista por ruptura sin justa causa del contrato de trabajo.

c) RESCISIÓN POR INCUMPLIMIENTO O IMPOSIBILIDAD

51. Existencia de indemnización.

El empleador está facultado en todo momento a poner fin al contrato si la resolución se fundara en incumplimiento del trabajador, vale decir, cuando haya justa causa, en cuyo caso no deberá indemnizar al trabajador. En efecto, el derecho a la estabilidad en su empleo, del trabajador, no tiene carácter absoluto. Si falta al cumplimiento de sus obligaciones, no puede merecer protección legal. Por eso es que cuando exista justa causa, no se deben las indemnizaciones que la legislación mercantil ha previsto.

La jurisprudencia ha resuelto que constituye justa causa de despido las reiteradas inasistencias o falta de puntualidad para llegar al trabajo, la negligencia deliberada, los actos de indisciplina o mala conducta, ebriedad en horas de trabajo, etc.

La imposibilidad subjetiva u objetiva del locador de los servicios importa otra causal de extinción del contrato. El supuesto de enfermedad, se lo ha considerado por la ley 11.729, a los efectos de establecer la prestación del principal (art. 155, C. Com., ref. ley 11.729) y la duración del plazo de espera que debe observar el locatario de los servicios.

§ 9. CONTRATO DE TRABAJO Y LA LEGISLACIÓN NACIONAL

a) ATRIBUCIONES DEL LEGISLADOR NACIONAL. EL C. CIVIL Y EL DERECHO LABORAL. LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL

51. Materias a considerar.

Cabe formular en materia de límites entre el derecho civil y el derecho laboral, frente al derecho constitucional, estas preguntas:

1º ¿Cuáles son las atribuciones del Poder Legislativo nacional?

2º ¿Qué es lo que el C. Civil debe reglamentar en esta materia?

3º ¿Cómo distinguimos el C. Civil del D. Laboral?

4º ¿Qué problemas desde el punto de vista constitucional se nos plantean?

Debemos entender que lo fundamental del contrato de trabajo tiene que ser materia del Cód. Civil.

Además, todo lo relativo al contrato de trabajo, ya sea esencial o accesorio, deberá ser motivo de la legislación nacional. Es decir, lo atinente al contrato de trabajo como regulación de dicho contrato, como regulación de los derechos y deberes de ambas partes, tiene que ser obra de ley nacional.

En cambio, la ley provincial puede reglamentar materias atinentes al derecho administrativo pero referido al trabajo. (Por ej., en la Pcia. de Misiones la seguridad que debe tener un obrero yerbatero no siempre es similar a la que debe ofrecerse a un obrero de la construcción en la Cap. Federal. Son problemas de seguridad que pueden ofrecer distintas modalidades. Luego, la ley provincial de Misiones puede diferir de la ley de la Capital).

La seguridad, higiene, salubridad, son materia de derecho administrativo local.

En cambio, establecer aquello que se refiera al salario, o sea, el precio del contrato de trabajo, vacaciones de que va a gozar el trabajador, cuáles son los días no laborables pero pagos, si el medio día del sábado debe pagarse como día entero de labor, etc., son temas de leyes nacionales.

Dentro de estos temas fundamentales cabe aún otra diferenciación, y ella es que:

1º Lo menos cambiante debe ser materia del Cód. Civil o del Cód. de D. Social.

2º Lo más mutable debe ser objeto de leyes especiales. Esto cabe ser afirmado en lo que se relaciona con el derecho administrativo relativo al trabajo. Pero este último, ya dijimos que es de derecho local, es decir, provincial o del Congreso de la Nación, actuando el segundo como legislatura local.

b) EL PROYECTO DE REFORMA DE 1936

52. *Sus lineamientos en la materia.* En ese Proyecto, siguiéndose las directivas de Bibiloni, se entendió que debe reglamentarse el contrato de trabajo en el Cód. Civil, pero en sus grandes principios.

Vale decir, establecer los deberes y derechos de las partes en su aspecto esencial, sin entrar en detalles cambiantes.

No puede, p. ej., concebirse un Cód. Civil que establezca un sistema rígido en materia de jornales, indemnizaciones, etc. Debería hacerse, de lo contrario, una reforma continua del Cód. Civil. En tanto, que si cabe admitir la inclusión en el Cód. Civil o en el C. de Der. Social, de la reglamentación de la convención colectiva de trabajo, que es el punto más fundamental de este contrato, cuando se trata de prestaciones de contenido esencialmente material. Lo que, en cambio, consideramos inconveniente es una solución que se limita, como en el Cód. Civil portugués de 1866, a brindar la noción del contrato de trabajo (art. 1152, Cód. cit.) para luego expresar que "el contrato de trabajo está sujeto a la legislación especial" (art. 1153, Cód. cit.). Esta abdicación de la regulación legal del contrato de trabajo por parte del derecho civil significa ceder, en definitiva, que el derecho del trabajo o derecho laboral es en su materia, una avanzada del derecho civil del futuro.